LUIS CAYO PÉREZ BUENO
Dirección y edición

GLORIA ÁLVAREZ RAMÍREZ
Coordinación

2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna

Prólogo
ALBERTO DURÁN LÓPEZ

FUNDACIÓN Derecho y DISCAPACIDAD

QUINCE 1997-2012 — 15º ANIVERSARIO — COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD
INNOVACIÓN SOCIAL EN DISCAPACIDAD

Miguel Ángel Cabra de Luna, 1988

Viñeta de José Enrique Medina Castillo,
Magistrado de lo Social de la Sala de lo Social nº 2 de Málaga

Autores

Agustín Huete García
Director de InterSocial
Profesor Asociado de Sociología. INICO. Universidad de Salamanca

Oscar Moral Ortega
Asesor Jurídico del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Rafael de Asís Roig
Patricia Cuenca
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Ana Sastre Campo
Delegada del Comité Español de representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para la Convención de la ONU

Encarnación Blanco Egido
Ex-Asesora Técnica sobre discapacidad. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad

Pablo López Álvarez
Vicepresidente sénior de FTI (grupo multinacional de consultoría estratégica y de negocio)
Vicepresidente de la Cámara de Comercio de España en Bélgica y Luxemburgo

Mercedes Jaraba
Subdirectora General de Participación y Entidades Tuteladas
D. G. de Políticas de Apoyo a la Discapacidad
Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Luis Cayo Pérez Bueno
Presidente del
Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)
Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad

Pilar Villarino Villarino
Directora Ejecutiva del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Ana Peláez Narváez
Comisionada de Género del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Miembro del Comité de Naciones Unidas para el Seguimiento Internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Carmen Molina Fernández
Abogada y consultora en discapacidad y dependencia

María Tussy
Jefa de la Unidad de Programas Europeos de Fundación ONCE

Vicente Mora
Inspector de Trabajo y Seguridad Social

Clara Gaztelu San Pío
Directora de la Unidad de Desarrollo, Dirección de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE

Inés de Araoz Sánchez-Dopico
Asesora Jurídica de la Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS)

Eugenia Zabarte
Secretaria General de la Organización Nacional de Trasplantes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Germán Alonso Alegre
Socio responsable del Dpto. de Derecho Público y Administrativo de Mazars
Experto comunitario sobre contratación pública designado por el Comité Económico y Social

Juan González Badía-Fraga
Elisa Sala Mozos
Consultores. Investigadores

Carlos Ganzenmüller
Fiscal del Tribunal Supremo
Coordinador de los servicios de protección
de las personas con discapacidad y apoyos
Fiscal delegado ante el Foro Justicia y Discapacidad

Gloria Álvarez Ramírez
Doctora en Derecho
Coordinadora de la Fundación Derecho y Discapacidad

Lourdes Márquez
Jefe Dpto. Relaciones Sociales y Planes Estratégicos
Fundación ONCE

Natalia Barrio Fernández
Directora de la Unidad de Desarrollo, Dirección de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos, Fundación ONCE

2003-2012: 10 AÑOS DE LEGISLACIÓN SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA

Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna

Sumario

Alberto Durán López
Prólogo

Tema1.
Agustín Huete García
La discriminación percibida por las personas con discapacidad. Análisis de situación a partir de la EDAD 2008

Tema 2.
Óscar Moral Ortega
Las situaciones de discriminación de personas con discapacidad en España: vulneraciones más extendidas

Tema 3.
Rafael de Asís/Patricia Cuenca
Delimitación del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad

Tema 4.
Ana Sastre Campo
La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Tema 5.
Encarnación Blanco Egido
El marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea

Tema 6.
Pablo López Álvarez
La igualdad de trato de las personas con discapacidad en la Unión Europea

Tema 7.

Mercedes Jaraba Sánchez
La estrategia europea de discapacidad 2010-2020: nuevas herramientas contra la discriminación

Tema 8. Luis Cayo Pérez Bueno
La configuración jurídica de los ajustes razonables

Tema 9. Pilar Villarino
La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la legislación española

Tema 10.
Ana Peláez Narváez
La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Tema 11.
Carmen Molina Fernández
La accesibilidad universal como presupuesto del ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad

Tema 12.
María Tussy
Las políticas europeas contra la discriminación laboral de las personas con discapacidad

Tema 13.
Vicente Mora
La no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español

Tema 14.
Clara Gaztelu San Pío
Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral

Tema 15.
Inés de Araoz Sánchez-Dopico
Insuficiencias de la regulación del derecho a la educación inclusiva en la legislación española

Tema 16.
Eugenia Zabarte
La no discriminación de las personas con discapacidad en el acceso a las prestaciones sanitarias y sociales

Tema 17.
Germán Alonso Alegre

La contratación pública como extensión de las políticas de inclusión de la discapacidad

Tema 18.
Juan González-Badía/ Elisa Sala Mozos

Aportaciones de la legislación autonómica a la no discriminación de las personas con discapacidad

Tema 19.
Carlos Ganzenmüller
El Ministerio Fiscal como instrumento contra la discriminación de las personas con discapacidad: Garantías y derechos de las personas con discapacidad especialmente vulnerables en la convención de nueva york

Tema 20.
Gloria Álvarez Ramírez
El marco administrativo de lucha contra la discriminación de personas con discapacidad: régimen de infracciones y sanciones

Tema 21.
Lourdes Márquez
Jurisprudencia sobre no discriminación de personas con discapacidad

Tema Natalia Barrio Fernández
Itinerario vital de Miguel Ángel Cabra de Luna

Prólogo

El año 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad, marcó un punto de inflexión en los sistemas tradicionales de atención a las personas con discapacidad. La herencia de una pionera Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), aprobada en el año 1982, ponía de manifiesto la necesidad de que el movimiento asociativo de la discapacidad, representado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), reivindicara ante los poderes públicos, por un lado, la necesidad de avanzar en una normativa que protegiera y garantizara los derechos de las personas con discapacidad y nos situara en igualdad de condiciones al resto de los ciudadanos y, por otro lado, alzara su voz ante una sociedad que todavía veía a las personas con discapacidad como sujetos pasivos.

El año 2003, marcó la antesala del avanzado, aunque todavía incompleto en algunos aspectos, sistema jurídico en materia de discapacidad que hoy gozamos en España. Pero los avances producidos en estos años han sido tales gracias al esfuerzo de muchos profesionales, con y sin discapacidad, que no han cejado en su empeño por conseguir una sociedad lo más justa e igualitaria para las personas con discapacidad y sus familias.

Este es una de las muchas fotografías de la discapacidad en España, la de su ámbito normativo, y en esta fotografía sin duda es protagonista principal Miguel Ángel Cabra de Luna. Los que hemos tenido la suerte de conocerlo, aprender de él y trabajar a su lado, sabemos que es difícil encontrar una disposición normativa en el ámbito de la discapacidad, y por extensión también en el ámbito social, que haya pasado impasible ante sus ojos y haya permanecido ajena a sus mejoras vía enmienda. Experto jurista y doctor, siempre ha mirado con inquietud no solo los movimientos legislativos, económicos y sociales que pasaban cerca de él, sino aquellos que, más alejados, podrían suponer una oportunidad para mejorar las condiciones de vida de los grupos más desfavorecidos.

Momentos tan importantes para las personas con discapacidad, como el proceso de elaboración y aprobación de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,

cuentan entre sus cimientos con sus aportaciones, reflexiones y, lo que es más importante, con su dedicación y compromiso para que los mismos fueran una realidad.

Miguel Ángel Cabra de Luna también ha formado parte del importante grupo de profesionales que han dado forma a lo que hoy conocemos como empresas sociales, armando una realidad que muestra a la sociedad que es posible compatibilizar rentabilidad social y empresarial. Fue uno de los primeros profesionales en creer que la Responsabilidad Social de las Empresas se impondría necesariamente y que esta era una oportunidad para muchos grupos desfavorecidos y también para las empresas en la medida en que acercándose a estos segmentos se harían más responsables pero también más competitivas.

La Economía Social y el Tercer Sector en España también es un campo que Miguel Ángel siembra y cultiva con sus reflexiones, aportaciones y planes de futuro, tanto en el nivel estatal como europeo.

No es menos importante el papel que ha desempañado el doctor Cabra de Luna en el ámbito fundacional, ámbito al que ha dedico muchas horas de estudio y trabajo que han derivado en numerosas y prolijas publicaciones sobre esta materia, además de incontables artículos sobre el presente y el futuro de las fundaciones en España.

Pero su trabajo y andanzas profesionales no acaban aquí. Visionario hasta el extremo de caer en el riesgo de parecer osado, fue capaz de vislumbrar en los inicios de los años noventa que el futuro social de España estaba ligado a lo que ocurriera más allá de nuestras fronteras y, lo que es más importante, hizo de este hecho una oportunidad para atraer recursos europeos y oportunidades a España y también contribuir a que gran parte de la normativa que se ha aprobado y se aprueba en Bruselas tuviera en cuenta la situación de vulnerabilidad de las personas con discapacidad y otros sectores en riesgo de exclusión. Sin duda, las personas con discapacidad y otros grupos vulnerables europeos le deben mucho.

Son extensos e innumerables los éxitos y aportaciones de Miguel Ángel Cabra en el ámbito profesional, pero también son muchos los éxitos cosechados en el plano personal. Los que tenemos el privilegio de trabajar con él vemos día a

día cómo aplica dosis infinitas de tesón e ilusión a todos los proyectos en los que aterriza pero, lo que es más importante, somos testigos preferentes de cómo regala estos mismos valores cuando otra persona le necesita, buscar un segundo libre en su agenda es tarea fácil cuando se trata de ayudar a quien se encuentra en una situación desfavorecida.

Después de estas breves pinceladas, asalta la curiosidad sobre cuál es su secreto para poder aplicar tan inmensas dosis de trabajo y profesionalidad a ámbitos tan diferentes y que esta combinación no tenga aristas, no colisione, y sea equilibrada. Aun a riesgo de equivocarme, creo que el secreto del Doctor Cabra de Luna es confiar en que no hay nada imposible, ni personal ni profesionalmente, y que no debemos asentarnos en el desaliento mientras haya personas en situación de desventaja que no tienen las mismas oportunidades que el resto de los ciudadanos, sea por la condición que sea.

El doctor Miguel Angel Cabra nos ha enseñado a todos que casi siempre es posible encontrar una solución, o por lo menos construir una oportunidad para llegar a continuación a la deseada solución. Todos recordamos su enorme habilidad para diseñar una y mil "perchas" de las que colgar palancas para cambiar la realidad que vemos como injusta. Es imposible encontrar un armario donde quepan todas las perchas de Miguel Ángel, *no hay madera suficiente en el mundo*, se agotarían todas las reservas amazónicas que a duras penas llegarían para fabricar las mencionadas perchas.

También quiero recordar el respeto y cariño que le profesan todos sus colaboradores, sin duda ha desbordado también capacidad de liderazgo entre magníficos profesionales que le reconocen a diario su capacidad para guiarles y enseñarles. A pocos profesionales he visto preocuparse por su gente desde el cariño, la exigencia y el realismo.

El elenco de profesionales que participan en esta publicación “Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra” son claro ejemplo de la admiración que este imponderable trabajador, y mejor persona si cabe, ha sembrado a su alrededor.

Todavía son muchos los problemas y retos que afrontamos las personas con discapacidad en España y Europa, y también son muchos los desafíos a abordar en el ámbito social, pero este camino será menos empinado sabiendo

que contamos en nuestro equipo con la complicidad y el saber hacer de Don Miguel Ángel Cabra de Luna.

Alberto Durán López

Vicepresidente Ejecutivo Fundación ONCE
Secretario General del CERMI

LA DISCRIMINACIÓN PERCIBIDA POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE SITUACIÓN A PARTIR DE LA EDAD 2008

Agustín Huete García

Director de InterSocial
intersocial@intersocial.es

Profesor Asociado de Sociología. INICO. Universidad de Salamanca

Índice

1. Introducción
2. La medición estadística de la discriminación por discapacidad
3. La discriminación percibida por las personas con discapacidad
4. La discriminación por discapacidad, percibida por personas sin discapacidad
5. Conclusión

1. Introducción

Conforme se fortalece la visión de la discapacidad como un fenómeno relacionado con los derechos humanos, se ha ido configurando un nuevo movimiento social, tal como ocurrió anteriormente con el feminismo, el pacifismo o el ecologismo, entre otros. Uno de los muchos elementos que caracterizan la conformación de un nuevo movimiento social, es el de la reacción conflictiva de una persona o grupo de personas, ante una experiencia real de abuso, dominación o rechazo (Oliver, 1998).

La discriminación tiene lugar por tanto cuando una persona se ve sometida a un trato desfavorable, en base a criterios relacionados con cultura, etnia, salud, ideología, género o cualquier otro, y que tiene como resultado la disminución o eliminación de derechos u oportunidades. En general, la lucha contra la discriminación por cualquier causa precisa que las personas sometidas a un trato desfavorable perciban dicha situación como tal, y de alguna forma se rebelen contra ella.

La no discriminación se ha convertido en un derecho humano fundamental, relacionado con el principio de igualdad de oportunidades como elemento clave para la lucha contra la exclusión social. Son incontables las normas que se asientan en el principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, y que van estableciendo mecanismos cada vez más eficaces y variados en el ámbito de la información, sensibilización acción política, y evaluación de resultados.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) (ONU, 2006), en su artículo 2 establece que *por "discriminación por motivos de discapacidad" se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en*

igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Cualquier discriminación por motivos de discapacidad, queda prohibida en los Estados que ratifiquen la Convención, como es el caso de España, conforme al Artículo 5.

En los capítulos siguientes de esta obra, se encontrará información más que detallada sobre la configuración de los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades, así como su plasmación en múltiples niveles. En este capítulo centraremos el interés en la forma en que las fuentes estadísticas disponibles definen e identifican las situaciones de discriminación por discapacidad, cómo las miden, y qué información clave nos ofrecen, cumpliendo así con el artículo 31 de la CDPD, dedicado a la "Recopilación de datos y estadísticas", que dispone que *los Estados Partes recopilarán información adecuada, incluidos datos estadísticos y de investigación, que les permita formular y aplicar políticas, a fin de dar efecto a la presente Convención*.

2. La medición estadística de la discriminación por discapacidad

La discapacidad como hecho social carece de una identificación conceptual estable, lo cual determina problemas de medición que a veces son graves, ya que no todos los registros y estadísticas denominan los aspectos de la discapacidad con los mismos conceptos, y por tanto miden cosas diferentes, o viceversa, miden los mismos fenómenos con categorías diferentes (Jiménez Lara y Huete García, 2010:1-2).

La información sobre la discapacidad como fenómeno social en España es variada y en general fragmentada. Si bien existen múltiples fuentes a las que se puede acudir, éstas casi nunca resultan del todo eficaces para analizar la cuestión de forma completa, bien porque no la cubren totalmente, bien porque los datos no se encuentran actualizados.

La Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD 2008) es la tercera de una serie de estadísticas que comenzó en 1986 con la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías (EDDM 1986) y continuó con la Encuesta sobre Deficiencias, Discapacidades, y Estado de Salud (EDDES 1999).

Cuadro 1: Resumen de operaciones estadísticas sobre discapacidad realizadas por el INE

	EDDM (1986)	EDDES (1999)	EDAD (2008)
Amplitud de la muestra	74.000 hogares, (ningún centro) 256.000 personas	70.500 hogares, (ningún centro) 256.000 personas	96.000 hogares, 800 centros, 271.000 personas
Modelo conceptual	CIDDM (OMS 1980)	CIDDM (OMS 1980)	CIF (OMS, 2001)
Resultado	5.743.291 personas con discapacidad (15% de la población).	3.528.221 personas con discapacidad (9% de la población).	4.117.043 personas con discapacidad (9% de la población).

Nota: Elaboración propia a partir de fichas metodológicas de las encuestas.

La EDAD 2008 es la principal fuente de datos sobre discapacidad disponible en la actualidad, y se constituye como una de las operaciones estadísticas de mayor extensión de recursos de las que ha realizado el Instituto Nacional de Estadística. Su finalidad principal fue la de atender la demanda de información para el despliegue y funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), proporcionando una base estadística que permitiera guiar la promoción de la autonomía personal y la prevención de las situaciones de dependencia.

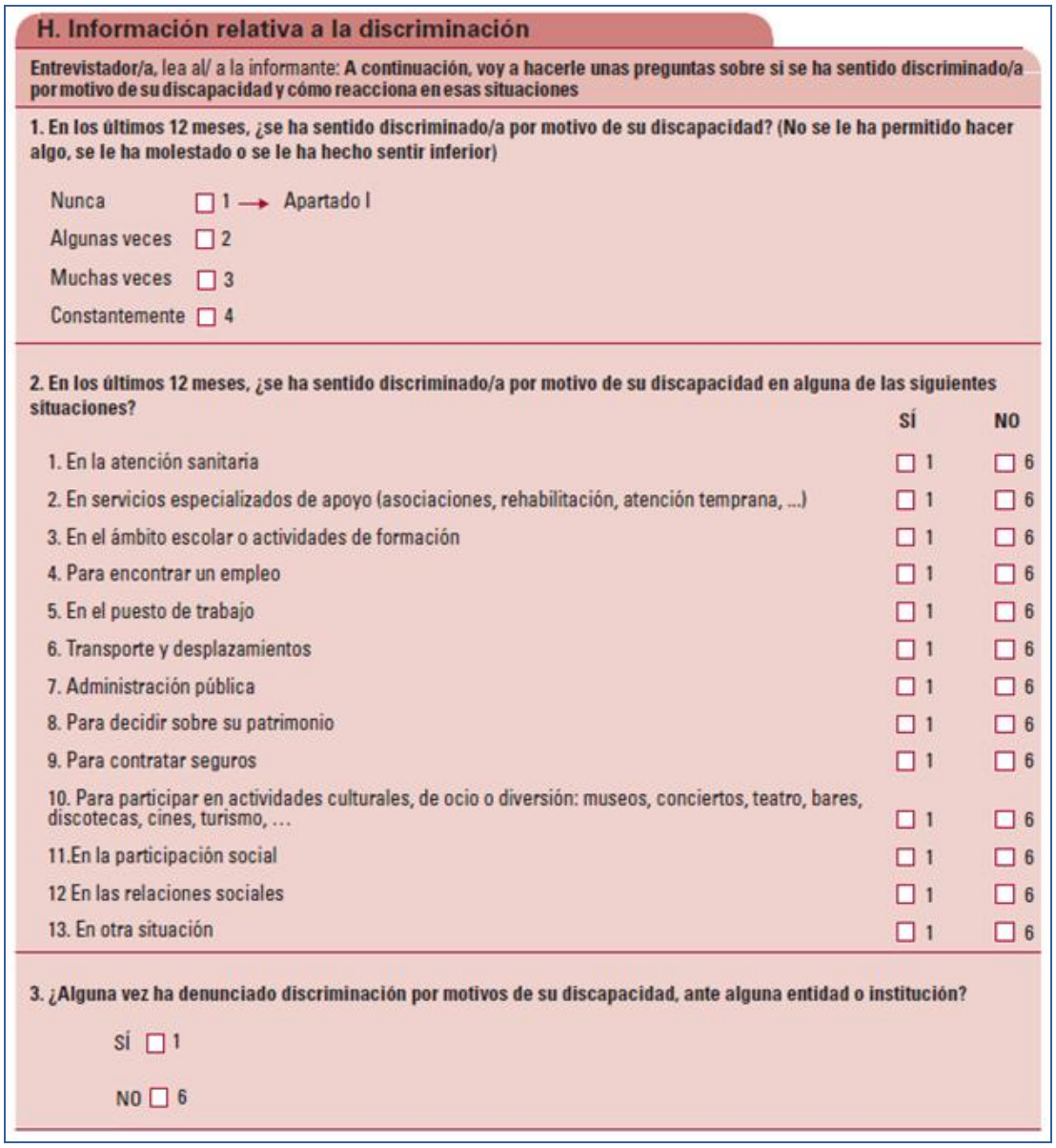
La encuesta incorpora un concepto de discapacidad “auto-atribuida”, siguiendo las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. La identificación de la población objeto de estudio por tanto se realiza a través de una batería de preguntas que exploran si alguna de las personas residentes en el hogar o en

el centro reconocen alguna dificultad para realizar determinadas tareas, es decir la percepción subjetiva que tienen las personas sobre sus limitaciones, la causa de dichas limitaciones, el grado de severidad y las ayudas recibidas.

Esta estrategia de identificación de la población, si bien presenta algunas dificultades, tiene la ventaja de que se centra en la actividad diaria de la persona y las dificultades a las que ésta hace frente en dicha actividad, dejando a un lado la valoración de cuestiones médicas que, además de complejas para la persona entrevistada y el entrevistador, desvían la atención de las cuestiones funcionales, que son, en definitiva, el núcleo de interés en términos de discapacidad (Jiménez Lara y Huete García, 2010:2).

Teniendo en cuenta que la discriminación es un concepto muy vinculado a la experiencia personal, la perspectiva de la EDAD2008 resulta muy adecuada en el caso de la evaluación de la discriminación. Es esta además, la primera de las tres encuestas realizadas por el INE que incorpora un módulo específico de información sobre percepción de discriminación por causa de discapacidad. En concreto, las preguntas que el cuestionario realizaba sobre discriminación son las siguientes:

Figura 1: Preguntas sobre discriminación por causa de discapacidad de la EDAD 2008



H. Información relativa a la discriminación

Entrevistador/a, lea al/ a la informante: **A continuación, voy a hacerle unas preguntas sobre si se ha sentido discriminado/a por motivo de su discapacidad y cómo reacciona en esas situaciones**

1. En los últimos 12 meses, ¿se ha sentido discriminado/a por motivo de su discapacidad? (No se le ha permitido hacer algo, se le ha molestado o se le ha hecho sentir inferior)

- Nunca ☐ 1 → Apartado I
- Algunas veces ☐ 2
- Muchas veces ☐ 3
- Constantemente ☐ 4

2. En los últimos 12 meses, ¿se ha sentido discriminado/a por motivo de su discapacidad en alguna de las siguientes situaciones?

	SÍ	NO
1. En la atención sanitaria	☐ 1	☐ 6
2. En servicios especializados de apoyo (asociaciones, rehabilitación, atención temprana, ...)	☐ 1	☐ 6
3. En el ámbito escolar o actividades de formación	☐ 1	☐ 6
4. Para encontrar un empleo	☐ 1	☐ 6
5. En el puesto de trabajo	☐ 1	☐ 6
6. Transporte y desplazamientos	☐ 1	☐ 6
7. Administración pública	☐ 1	☐ 6
8. Para decidir sobre su patrimonio	☐ 1	☐ 6
9. Para contratar seguros	☐ 1	☐ 6
10. Para participar en actividades culturales, de ocio o diversión: museos, conciertos, teatro, bares, discotecas, cines, turismo, ...	☐ 1	☐ 6
11.En la participación social	☐ 1	☐ 6
12 En las relaciones sociales	☐ 1	☐ 6
13. En otra situación	☐ 1	☐ 6

3. ¿Alguna vez ha denunciado discriminación por motivos de su discapacidad, ante alguna entidad o institución?

- SÍ ☐ 1
- NO ☐ 6

Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

En base a estas preguntas, es posible caracterizar la experiencia de discriminación por causa de discapacidad, tanto en su frecuencia (veces que se ha percibido discriminación en los últimos 12 meses) como en una amplia variedad de escenarios en que esta se produce. En la línea marcada por la CDPD, es posible además obtener información sobre si las personas han reaccionado con una denuncia ante las situaciones de discriminación.

3. La discriminación percibida por las personas con discapacidad

La primera conclusión y quizá la más importante que se puede obtener a la vista de los datos de la EDAD2008, es que la discriminación por causa de discapacidad es percibida por una minoría de personas con discapacidad en España, aproximadamente una de cada diez; una minoría, eso sí, que en términos absolutos representa la muy considerable cifra de 430.397 personas, de las que 237.301 son mujeres.

Tabla 1: Población con discapacidad por frecuencia en la que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad, en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, y sexo. Total personas.

	Varones	Mujeres	Ambos sexos
Nunca	1.228.574	1.965.647	3.194.221
Algunas veces	131.274	163.382	294.657
Muchas veces	40.768	52.827	93.594
Constantemente	21.054	21.092	42.146
Total han percibido discriminación	**193.096**	**237.301**	**430.397**
No consta	185.351	246.618	431.969
Total	1.607.021	2.449.566	4.056.587

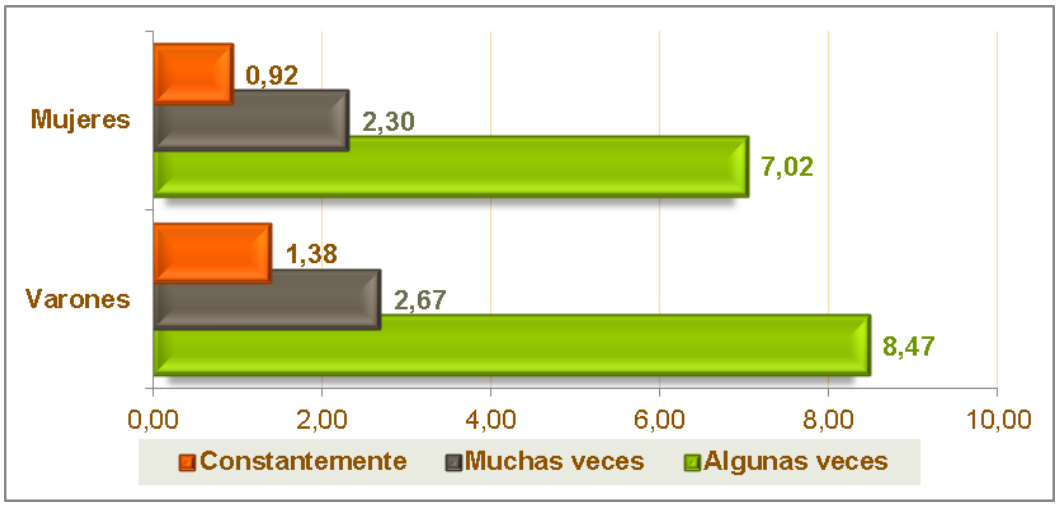
Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Para valorar estas cifras de una manera adecuada, resulta fundamental tener en cuenta que las preguntas sobre discriminación realizadas en la EDAD2008 se refieren a un período de tiempo muy concreto: los 12 meses anteriores al momento de realización de la encuesta, con lo que en ese casi medio millón de personas, pueden no encontrarse otras que sí han percibido discriminación en algún momento anterior de su vida.

Edad y sexo como variables explicativas

Es muy sabido que la discapacidad es un fenómeno para cuyo análisis resulta fundamental prestar atención a dos variables: edad y sexo. Ocurre lo mismo a la hora de analizar la cuestión e la discriminación por discapacidad. En términos relativos son más varones (12,52%) que mujeres (10,25%) quienes reconocen más frecuencia de discriminación por discapacidad. El fenómeno se repite tato para quienes reconocen haber sido víctimas de discriminación por discapacidad ocasionalmente, como de forma repetida o continua, tal como se observa en el gráfico 1:

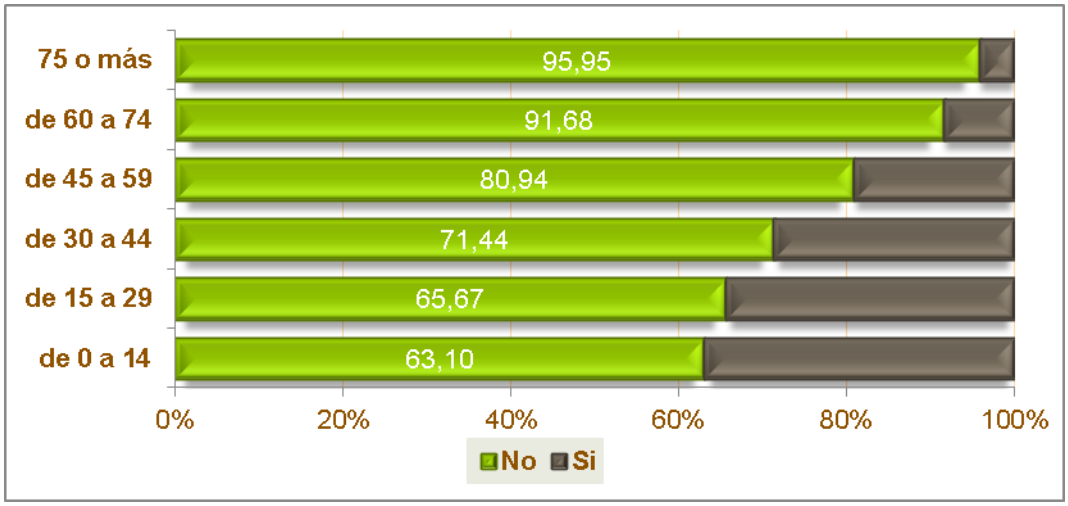
Gráfico 1: Población con discapacidad por frecuencia en la que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, y sexo. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Por edad, la percepción de discriminación por discapacidad es más evidente en los más jóvenes. Mientras que en los menores de treinta años aproximadamente un tercio de la población reconoce haberse sentido discriminada, la percepción de este tipo de situaciones en las personas con discapacidad de edades más avanzadas es prácticamente inexistente.

Gráfico 2: Población con discapacidad que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad, en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, por grupo de edad. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

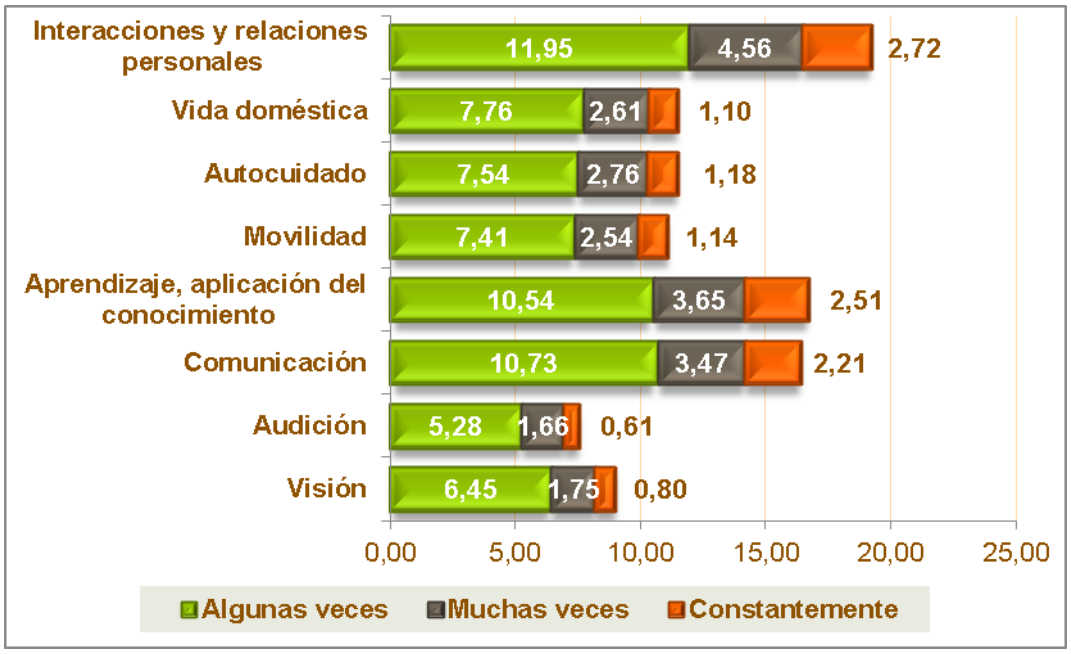
Gráfico 3: Población con discapacidad que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, por frecuencia de discriminación y grupo de edad. Porcentaje.

Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Tipos de discapacidad y escenarios de discriminación

La discriminación por causa de discapacidad, es un fenómeno claramente interpersonal, que se produce por lo tanto de manera más probable en escenarios de la vida social y comunitaria. Las personas que reconocen en mayor medida haber percibido discriminación por causa de discapacidad son aquellas con discapacidades para la interacción y relación personal (19,23%), Aprendizaje y aplicación del conocimiento (16,70%) y comunicación (16,41%).

Gráfico 4: Población con discapacidad por frecuencia en la que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad, en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, y tipo de discapacidad. Porcentaje.

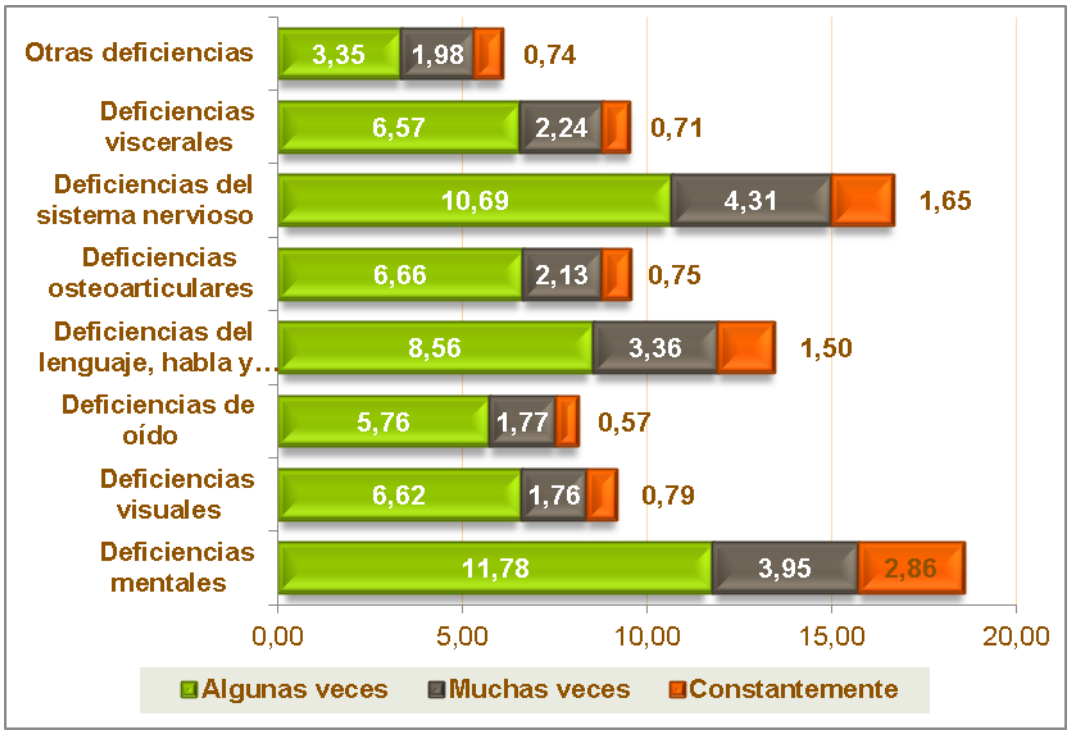


Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Por tipos de deficiencia, las personas con deficiencias mentales son las que reconocen en mayor medida haber vivido situaciones de discriminación por discapacidad (18,58% del total de la población), además de las personas con deficiencias del sistema nervioso (16,64%) y las personas con deficiencias del lenguaje, habla y voz (13,43%). Menos del 10% de la población con

deficiencias auditivas, visuales u osteoarticulares, reconocen haber sido sometidas a discriminación por causa de discapacidad.

Gráfico 5: Población con discapacidad por frecuencia en la que se han sentido discriminadas por causa de discapacidad, en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, y grupo de deficiencia. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

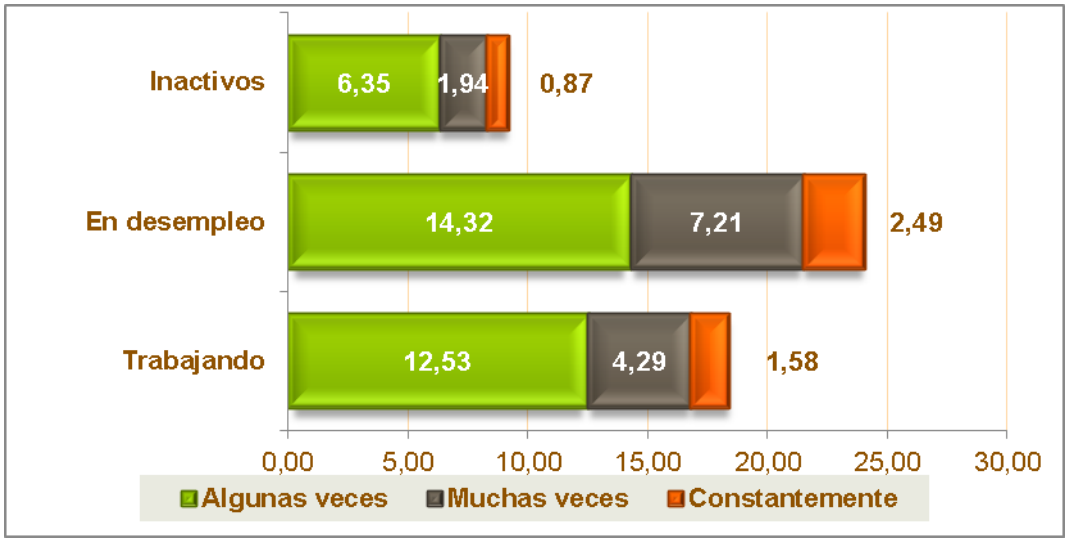
Como se ha dicho, la discriminación por causa de discapacidad es visible fundamentalmente en la interacción personal, es decir, en las relaciones sociales. Es precisamente en este escenario, en el que más de un 40% de la población que ha percibido discriminación, reconoce más situaciones en las que esta se produce (Gráfico 6). Es igualmente destacable que la atención sanitaria es reconocida como escenario de discriminación por causa de discapacidad por casi una cuarta parte de la población que en alguna ocasión ha percibido este tipo de discriminación.

Gráfico 6: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, por situación en la que se ha producido. Porcentaje.

Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Una de las situaciones que se relacionan más claramente la percepción de discriminación por discapacidad es la de la actividad laboral. De hecho, casi un 25% de la población con discapacidad que se encuentra en situación de desempleo, reconoce haber sufrido algún tipo de discriminación (Gráfico 7). Es precisamente la población con discapacidad en situación de inactividad laboral, la que menos percepción de discriminación por discapacidad reconoce.

Gráfico 7: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, por situación en la que se ha producido. Porcentaje.



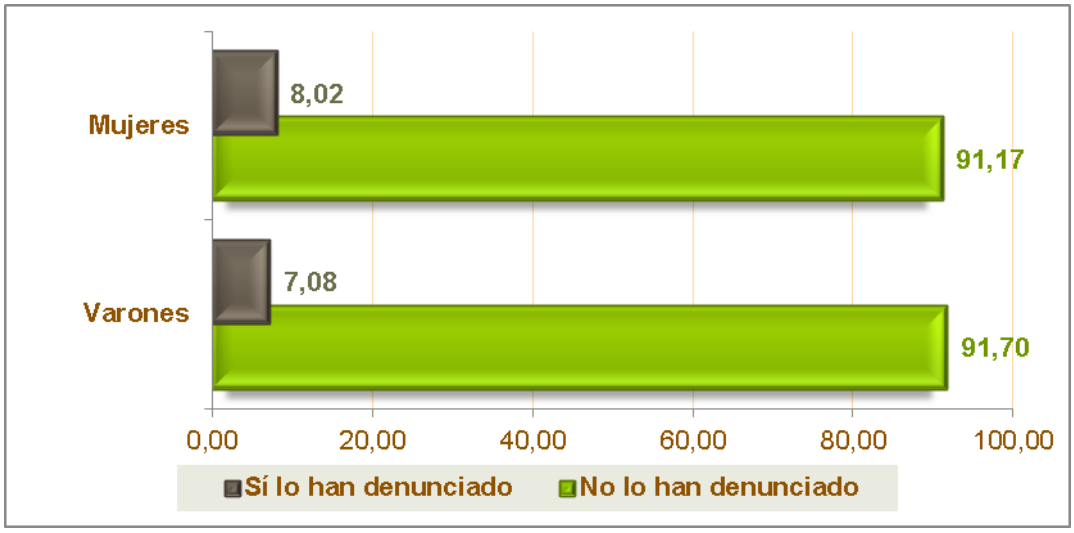
Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

La denuncia de la discriminación por discapacidad como respuesta

En el fenómeno de la discriminación por causa de discapacidad se pueden encontrar diferentes niveles de análisis a partir de los datos de la EDAD2008. El más avanzado de ellos, es el que tiene que ver con el proceso de denuncia, en el caso en que esta se produzca.

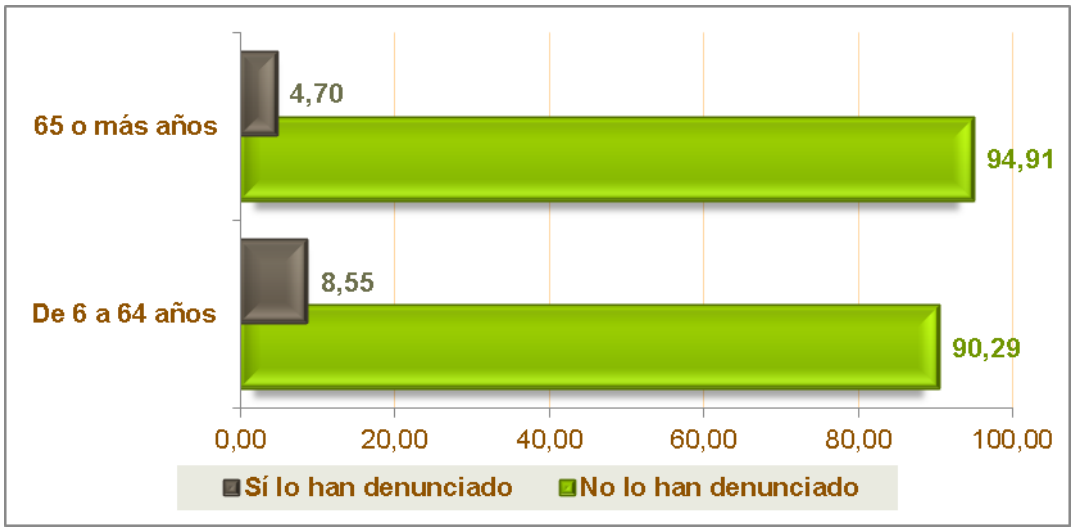
La información disponible indica que son todavía pocas las personas que han iniciado algún proceso de denuncia de situaciones de discriminación por discapacidad, en concreto un 7,62% de la población que reconoce haberse visto discriminada (aproximadamente 32.000 personas en términos absolutos). Las diferencias por grupo de edad y sexo en este ámbito son escasas, aunque resulta destacable que son porcentualmente más mujeres (8,02%) que varones (7,08%) las que se han decidido a realizar una denuncia.

Gráfico 8: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, que ha interpuesto denuncia, por sexo. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Gráfico 9: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, que ha interpuesto denuncia, por grupo de edad. Porcentaje.



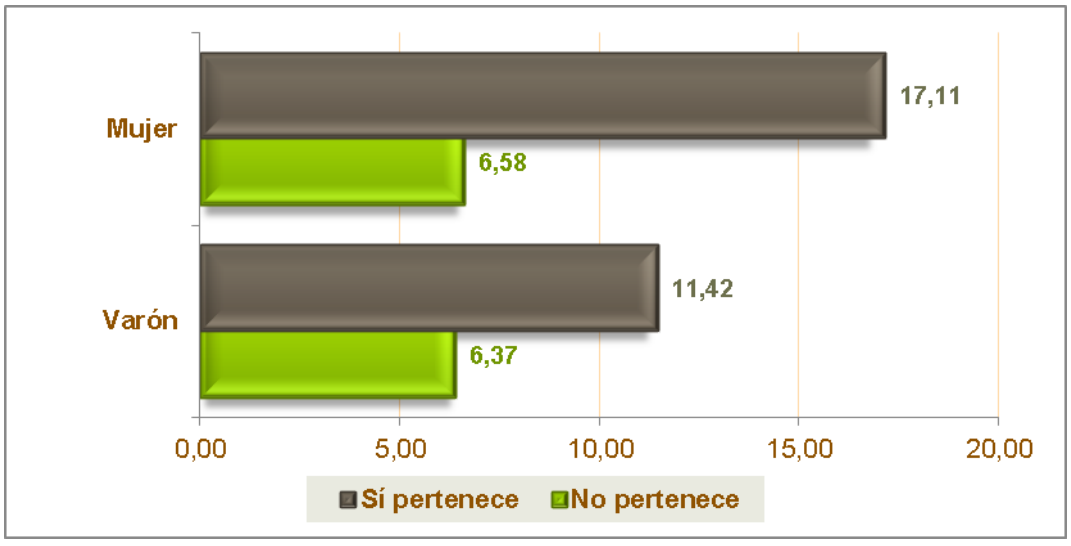
Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

El papel de las entidades de apoyo

Las organizaciones de apoyo a personas con discapacidad juegan un papel determinante en la movilización de recursos, información y sensibilización en relación con discriminación por discapacidad. Ello parece tener una importancia capital en la percepción de discriminación por discapacidad, ya que el porcentaje de personas que reconocen este tipo de situaciones se duplica en relación a la población con discapacidad que no pertenece a una ONG: Un 14,49% de la población asociada a alguna entidad de apoyo reconoce situaciones de discriminación, frente a un 6,58% en la población no asociada.

Si se detalla esta situación por sexo, el 17,11% de las mujeres con discapacidad que pertenecen a ONGs de apoyo han reconocido episodios de discriminación, cifra que es muy superior a la de mujeres no asociadas (6,58%). En el caso de los varones estas diferencias son menores, un 11,42% de los asociados percibe discriminación, frente al 6,37% de los no asociados.

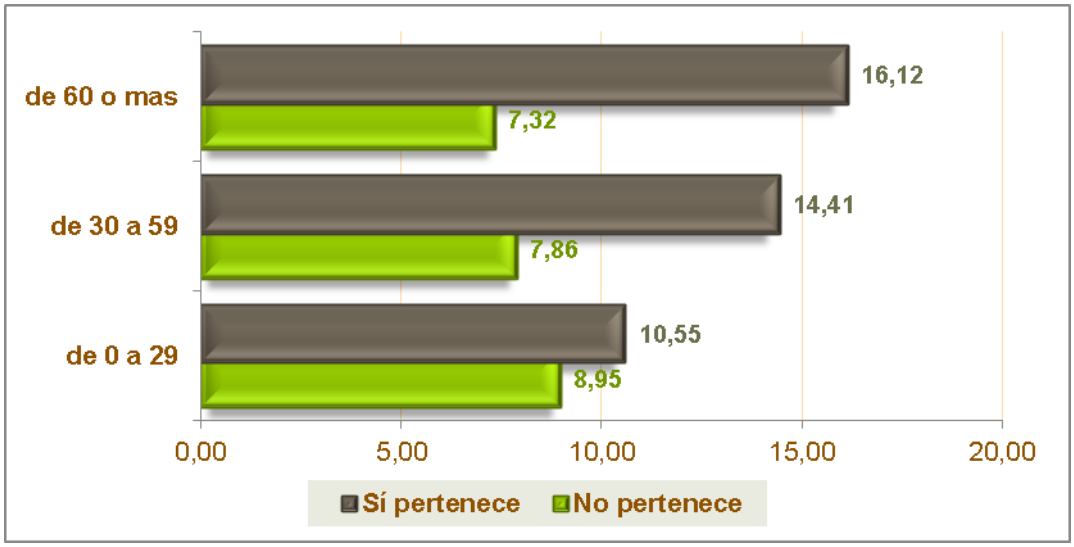
Gráfico 10: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, pertenencia a ONG de apoyo y sexo. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

Atendiendo a los grupos de edad, conforme la población es más joven se evidencia una influencia menor de la pertenencia a ONGs de apoyo a personas con discapacidad, como mecanismo facilitador de la percepción de situaciones de discriminación.

Gráfico 11: Población con discapacidad que se ha sentido discriminada por causa de discapacidad en los 12 meses anteriores a la realización de la encuesta, pertenencia a ONG de apoyo y grupo de edad. Porcentaje.



Fuente: Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (INE, 2008)

4. La discriminación por discapacidad, percibida por personas sin discapacidad

Existen fuentes estadísticas ajenas a la EDAD2008 que contienen información relevante sobre el fenómeno de la discriminación por causa de discapacidad, y su presencia en la sociedad actual. Una de las más destacadas es *el Eurobarómetro especial sobre Discriminación en la Unión Europea*, realizado por la Comisión Europea en 2008[1].

[1] Existe un Eurobarómetro realizado en 2009 que contiene cierta información más actualizada sobre discriminación por discapacidad en la Unión Europea. Se ha descartado su uso porque la información es menos detallada que el realizado en 2008, que además coincide en el tiempo con la realización de la EDAD2008.

En sus resultados, el Eurobarómetro ha hallado que la discriminación por discapacidad es percibida por la población europea como la tercera forma más común de discriminación (45%), por detrás del origen étnico (65%) y la orientación sexual (51%).

La discriminación por causa de discapacidad es una de las formas de discriminación que ha presentado una evolución positiva más evidente, descendiendo su presencia como forma de discriminación percibida por la población (toda la población) del 52% en 2006 al 45% en 2008. También se ha producido un descenso en el mismo período, en la población que cree que la discapacidad puede ser una desventaja, del 49% en 2006 al 41% en 2008.

El 7% de la población europea reconoce haber presenciado situaciones de discriminación por causa de discapacidad. Los países en los que la población reconoce este tipo de situaciones con más frecuencia (por encima del 10% de la población) son Austria, Suecia y Reino Unido, mientras que en Portugal (4%), Irlanda (4%) y Grecia (3%) estas situaciones son presenciadas por menos población.

En una escala de 1 a 10 en la que 1 representa incomodidad absoluta y 10 absoluta comodidad en la convivencia con diferentes minorías, la discapacidad es la forma de vecindad mejor puntuada de entre las evaluadas: 9.1 sobre 10.

El porcentaje de personas con discapacidad que reconocen haberse sentido discriminadas por causa de discapacidad en la Unión Europea según datos del EUROBARÓMETRO 2008 asciende a un 31%, muy por encima del 11,87% identificado por la EDAD2008 en España, en el mismo año (2008).

5. Conclusión

La discapacidad es una de las causas de discriminación más extendidas en la sociedad actual, reconocida con frecuencia por casi medio millón de personas

en España. Aunque no es posible ofrecer información objetiva sobre este fenómeno –es decir, sobre cifras de población que efectivamente sufre discriminación por causa de discapacidad-, desde un punto de vista subjetivo la población joven con discapacidad es consciente de este tipo de situaciones con más frecuencia.

Las mujeres con discapacidad, aunque en términos relativos reconocen en menor medida discriminación por discapacidad, se muestran más activas a la hora de denunciar este tipo de situaciones, sobre todo aquellas que se encuentran asociadas a ONGs de apoyo a personas con discapacidad.

La discriminación, como hecho que se produce en la interacción entre personas, es percibida fundamentalmente en escenarios de la vida cotidiana, en las relaciones sociales. Las personas que se encuentran laboralmente activas perciben situaciones de discriminación con mayor frecuencia.

El fenómeno de la discriminación por discapacidad, aunque es uno de los tipos de discriminación más extendidos, presenta signos evidentes de mejora en los últimos tiempos. La población con discapacidad en España destaca, sin embargo, por que en términos generales reconoce situaciones de discriminación por discapacidad con mucha menos frecuencia que el promedio de la Unión Europea.

Bibliografía

COMISIÓN EUROPEA (2008).: *Discriminación en al Unión Europea: percepciones, experiencias y actitudes.* Eurobarómetro especial 296. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_en.pdf

COMISIÓN EUROPEA (2008): *Discriminación en al Unión Europea en 2009.* Eurobarómetro especial 397. Disponible en: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_296_en.pdf

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.: *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Minusvalías (EDDM)*. 1986.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.: *Encuesta sobre Deficiencias Discapacidades y Estado de Salud (EDDES)*. 1999. Disponible en http://www.ine.es

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA.: *Encuesta sobre Discapacidades, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD2008)*. 2008. Disponible en http://www.ine.es

JIMÉNEZ LARA A., HUETE GARCÍA, A.: "*Estadísticas y otros registros sobre discapacidad en España"* en *Política y Sociedad*, Vol. 47 Núm. 1. 2010.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD.: *Las personas con discapacidad en España: informe Olivenza 2010*. Olivenza. 2010. OED.

OLIVER, M.: *¿Una sociología de la discapacidad o una sociología discapacitada?*, en: BARTON, L.: *Discapacidad y Sociedad*. Morata. Madrid, 1998.

ONU.: *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Asamblea General. 76ª sesión plenaria. Nueva York, 2006.

LAS SITUACIONES DE DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: VULNERACIONES MÁS EXTENDIDAS

Oscar Moral Ortega

Asesor Jurídico del CERMI
asesoriajuridica@cermi.es

Índice

1. Introducción

2. Marco conceptual y legal de la discriminación en las personas con discapacidad

3. Percepción de la discriminación por las personas con discapacidad y sus familias

4. Ámbitos de transgresión: vulneraciones más extendidas

5. Conclusiones

Normativa y sentencias

Bibliografía

1. Introducción

La situación de las personas con discapacidad y sus familias ha evolucionado de una forma positiva digna y ello merece ser destacado. Las personas con discapacidad han sido históricamente ignoradas, desconocidas, casi diríamos semiocultadas, por la sociedad y por los poderes públicos. Era un colectivo extraordinariamente heterogéneo que generaba un conflicto en el trato para el resto de los ciudadanos. Por un lado inspiraban *compasión ante su desvalimiento, incapaces* de poder realizar nada por sí mismo y por ello con un plus negativo que conlleva la terminología que al uso era utilizada y que, porque no decirlo, aún persiste en nuestro entorno más o menos cercano. Y por otro lado un rechazo más o menos evidente, pero muy perceptible en determinados momentos. Rechazo *de lo no deseable*, de aquello que no debería *existir* por inimaginable, pero que golpea y pone en evidencia la diversidad del ser humano y elimina radicalmente de nuestra mente, el canon de perfección al que parece que todos/as estamos condenados.

La situación descrita es el correlato del modelo de prescindencia o de beneficencia, que dejo paso posteriormente a un modelo médico-rehabilitador contra el que estamos luchando, en los últimos tiempos, para la implantación del modelo, denominado comúnmente, como social o de derechos humanos. Estamos demasiado acostumbrados a mencionar esta deseable evolución, como si fuese una jaculatoria de cumplimiento inmediato, y a veces tenemos la sensación que con decirlo basta e incluso pensamos que al estar normativizado, como después se desarrollara, toda la realidad cambia y se transforma sin más. Pero lamentablemente nada más lejos de ese día a día, a veces muy tozudo a que nos aboca a situaciones que creíamos que habíamos conseguido erradicar como sociedad avanzada dentro del ámbito europeo.

Hemos logrado en muy corto espacio de tiempo dotarnos de una normativa en materia de discapacidad de primer nivel, posiblemente a nivel formal una de las

más completas de toda Europa, aunque aún nos falta el cumplimiento efectivo[2], la asimilación por todos los sectores involucrados, incluido el movimiento asociativo, de los nuevos conceptos, el nuevo paradigma que nos hemos dado y en algunas esferas verdaderamente hacer realidad la letra y el espíritu de la Ley.

La efectividad de la normativa en materia de discriminación e igualdad de oportunidades requiere un fuerte compromiso por los Poderes Públicos y una voluntad férrea por el movimiento asociativo de personas con discapacidad y sus familias en demandar esas conquistas sociales.

Los incumplimientos reiterados innegablemente se dilucidan en los Tribunales de Justicia y en ese ámbito Jueces y Magistrados tienen una responsabilidad de carácter primigenio, sin perjuicio del apoyo que el resto de los operadores jurídicos deben prestar. Por otra parte, y como bien ha puesto de manifiesto Cabra de Luna,[3] la presión política y mediática pueden ser clave para obtener resultados, de forma alternativa a la mera acción jurídica más tradicional y formal, así como la utilización referencial de casos emblemáticos pueden servir de modelos futuros y como acción del cambio.

Relataremos en las próximas páginas, de este estudio, el marco conceptual y legal y su evolución. Valoraremos las sensaciones y percepciones de las personas con discapacidad con los datos que disponemos. Así como una pequeña sistematización de los lugares y circunstancias que más comúnmente han producido discriminación. Y por último se cerrara con unas breves conclusiones.

2. Marco conceptual y legal de la discriminación en las personas con discapacidad

[2] En este sentido el profesor Rafael de Lorenzo en la pág. 1157 de la obra colectiva: *Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

[3] CABRA DE LUNA, M.A, *Capítulo 4 Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, dentro de la obra colectiva: Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

En los seres humanos uno de los mecanismos principales de comunicación es el lenguaje sea este oral, escrito o por signos. Y por ello las palabras no suelen ser inofensivas o inocuas. Tienen una carga intrínseca y la utilización de una u otra determina, a mi modo de ver, una forma de contemplar la realidad, con lo que decimos y también con lo que callamos.

Por ello iniciamos una valoración conceptual del último de los términos que aparece en el epígrafe. Por tanto, y como bien expresa Pérez Bueno, no existe una noción legal unívoca de persona con discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico[4]. Todo depende desde que concepción partamos si la asistencialista, la médico-rehabilitadora o la social. A veces conviven conjuntamente espacio temporalmente y eso aún lo dificulta más.

Pérez Bueno señala que tendríamos hasta tres definiciones legales de persona con discapacidad, vigentes, operativas y hasta superpuestas. Y estas se encontrarían en las siguientes normas:

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante LISMI) en su artículo 7 recoge: "*A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales.*"

Por otra parte, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, el artículo 1.2 dispone: *"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 ciento."*

[4] PÉREZ BUENO, LUIS CAYO, *Discapacidad, autonomía y dependencia,* Modulo I del máster formación Gestión y Dirección en Autonomía, dependencia y discapacidad de la UNED, 2010.

Y por último, la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en su artículo 1, segundo párrafo señala: "*Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás."*

Los tres conceptos se encuentran vigentes y lo deseable es que convergiesen hacia un modelo claramente social, como es el expresado por el texto de la Convención y para ello se hace imprescindible un cambio normativo y que definitivamente se abandonen concepciones basadas en la enfermedad y en el concepto médico única y exclusivamente. Sin perjuicio de señalar que la Convención ha sido ratificada por el Reino de España y por tanto es derecho interno e invocable ante los Tribunales de Justicia; y es por ello que desde esta perspectiva se muestra como más perentorio ese cambio normativo clarificador y unificador de la realidad de la discapacidad en nuestro país

La norma de cabecera para valorar la materia que nos ocupa, como son, las situaciones de discriminación y donde se regulan es: la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (en adelante LIONDAU). Esta norma se presenta como la regulación básica que debe presidir la actuación de las políticas referidas a las personas con discapacidad en las próximas décadas. Su objetivo fundamental, y que se manifiesta en todo su articulado, es establecer las medidas que garanticen la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, persiguiendo aquellas conductas que puedan ser discriminatorias. Y en definitiva, pretende alcanzar cotas de normalización para ese colectivo, que como el propio Legislador entiende, no se encuentran garantizadas en toda su extensión en ese momento.

La propia Exposición de Motivos de la ley nos señala el origen del concepto más amplio y moderno de accesibilidad ligado de forma permanente con el diseño para todos y el de vida independiente, aspiración última de las personas con discapacidad cada una en el ámbito de sus circunstancias y necesidades.

Y así la Exposición va mucho más allá al señalar como supuesto de discriminación la no accesibilidad de los entornos, productos y servicios, ya que esta situación puede convertirse en obstáculos insalvables para el reconocimiento de derechos del colectivo de personas con discapacidad.

Este comienzo es, sin duda, una buena radiografía de la situación actual de la discapacidad en España y sus necesidades. Y sobre todo supone dar carta de naturaleza a un lenguaje nuevo, muy alejado del manejado en 1982 por la Ley de Integración Social de los Minusválidos.

Esta Norma tiene un objeto claro y perfectamente delimitado, y sobre todo, lo que es más importante, innovador en su tratamiento y en su concreción, a saber, hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. A priori cabría pensar que eso estaba más o menos claro, pero no podemos estar tan seguro de ello y sobre todo no recogido con esa contundencia y reflejando el espíritu directo del Texto Constitucional del año 1978 en sus artículos 49, 9.2, 14 y 10. Y por supuesto como correlato lógico, es la ausencia de discriminación directa o indirecta la que determina la igualdad de oportunidades referida a las personas con discapacidad.

Esta valoración nos debe llevar a dos principios, recogidos en el artículo 2 de la LIONDAU, y que inspiran la misma, conjuntamente con el de vida independiente, normalización, dialogo civil y transversalidad. Estos dos principios son los de accesibilidad universal y diseño para todos. Estos dos principios están entrelazados y uno presupone al otro de forma ineludible.

La accesibilidad universal es una condición a cumplir, como señala la ley, los bienes, servicios, productos, procesos, entornos, objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos para que puedan ser comprensibles, utilizados y practicables por todas las personas, pero no de cualquier forma sino de forma segura, cómoda y autónoma. Si observamos este primer apunte la accesibilidad universal es un concepto que comprende mucho más que la eliminación de barreras, como contemplaba la LISMI, y afecta a un colectivo

más amplio que el de las personas con discapacidad físicas y la eliminación de barreras que les afectan. El colectivo compelido es un universo superior, es la comunicación, la comprensión, la utilización de forma segura y por supuesto también es la mera accesibilidad física.

Pero este término no parte de la simple *eliminación de barreras*, es conceptualmente más abierto y afecta incluso a personas sin discapacidad y que esta intrínsecamente relacionado con el otro principio inspirador de la ley: el diseño para todos. El diseño para todos supone que cualquier actividad del ser humano que conciba, proyecte desde su origen cualquier servicio, entorno, proceso, herramienta, bien, producto, instrumento, dispositivo, herramienta u objeto pueda ser utilizado por todas las personas.

Es este un concepto casi revolucionario dentro del ámbito que afecta a las personas con discapacidad, a pesar de los condicionantes establecidos por el Legislador con el *latiguillo* siempre que sea posible y en la mayor extensión posible.

La accesibilidad universal y el diseño para todos, a pesar de las reticencias de los ajustes razonables, son dos conceptos nuevos en el ámbito normativo, y en el lenguaje utilizado por el movimiento asociativo de personas con discapacidad venía siendo utilizado ya y además, en gran parte a ellos, se debe su integración en el campo legal. Estos dos nuevos conceptos deben marcar un nuevo hito, un jalón con referencia a la normativa sobre discapacidad y especialmente en los aspectos de no discriminación e igualdad de oportunidades.

Existe un mandato constitucional primigenio a los poderes públicos[5], en los artículos 9.2, 10, 14 y 49 en la exposición de motivos de la LIONDAU, de carácter prioritario de mejorar la vida de los ciudadanos y en particular de las personas con discapacidad y sus familias, de forma que puedan participar en condiciones de igualdad y por tanto sin discriminaciones en la vida económica,

[5] DE LORENZO, R, CABRA DE LUNA, M.A, *Tema 18 Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal, (pág. 651 a 697) Tratado sobre discapacidad, De Lorenzo, R y Pérez Bueno, L.C, 2007, Aranzadi-Thomson.*

social y cultural. El artículo 1 apartado 1, de la reiterada norma, vuelve a incidir en la igualdad de oportunidades no solo desde el carácter meramente formal del artículo 14 de nuestro Texto Constitucional, si con un carácter sustancial que se deriva del artículo 9.2 del mismo cuerpo normativo, que obliga a promover las condiciones de igualdad para que sea real y efectiva[6].

El Tribunal Constitucional, y esto es básico para entender las políticas que se deben generar en este país en esta materia, al señalar que el reconocimiento de la igualdad de oportunidades y no discriminación de un colectivo como es el de las personas con discapacidad y sus familias, no solo es el mero reconocimiento, sino el establecimiento de medidas, incluidas la discriminación positiva, que faciliten la plena integración de las personas que se han encontrado en una situación jurídica de inferioridad histórica[7].

Por último para coronar este apartado, en cuanto al breve marco legal, se debe mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el día 13 de diciembre de 2006, es una norma de plena aplicación en España desde el día 3 de mayo de 2008[8]. Según señala el Profesor Giménez Gluck[9], el artículo 5 apartado 2 no utiliza el concepto de igualdad de trato sino el de discriminación, al prohibir toda discriminación por motivos de discapacidad, señalándolo como una obligación. Para la consecución de este objetivo se insta a los Estados parte a que adopten las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables y que además que las acciones positivas no podrán suponer discriminación, así se expresa los puntos 3 y4 del artículo 5.

Es una evidencia la importancia que la ratificación de la Convención supone para nuestro país, al margen de obligarnos a replantearnos nuestra normativa. Enmarca de manera formal el reconocimiento de la no discriminación por

---

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991
[7] Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero.
[8] Instrumento de ratificación publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008.
[9] *Capítulo 5.El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español (pág. 223-243) dentro de la obra colectiva: Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

motivos de discapacidad que en nuestro Ordenamiento, aunque recogido, se hacía necesaria una declaración en un instrumento como este de gran relevancia jurídica.

3. Percepción de la discriminación por las personas con discapacidad y sus familias

Este aspecto es quizás uno de los que mayor trascendencia tiene: como las personas con discapacidad y sus familias afrontan las situaciones que puedan tener indicios de discriminación; y aunque no corresponde a este capítulo, en una obra como esta, desarrollarlo, si creo necesario dar algunas pinceladas que ayuden a comprender la evolución de la situación.

El CERMI realizó un informe sobre la discriminación por motivos de discapacidad[10] que muestra algunos resultados a valorar y que puestos en relación con las quejas y consultas que se han recibido y contestado por su asesoría jurídica, pueden dar pistas sugerentes sobre esta materia. La contestación al cuestionario difundido por el CERMI fue realizado por personas con discapacidad y sus familiares, y como primer dato casi el cincuenta por ciento son contestados por personas con discapacidad sensorial, una cuarta parte del total por personas con discapacidad física y el resto en otro tipo de discapacidades. Un poco más del cuarenta y uno por ciento es cubierto por hombres y el treinta y tres con cuatro por ciento por mujeres. Sobre el resto se desconoce el género de la persona.

Casi un sesenta y cuatro por ciento de los encuestados ha tenido o tiene la percepción de haber sido discriminado en diferentes intensidades. Entre las personas con discapacidad sensorial es donde mayor es el porcentaje de quienes se sienten discriminados de forma constante. Apuntan los autores que es debido a que en este grupo se encuentran las personas sordas, que se ven especialmente afectadas por las dificultades de comunicación y la falta de

[10] JIMÉNEZ LARA, A Y HUETE GARCÍA, A, La discriminación por motivos de discapacidad, Análisis de las respuestas al cuestionario sobre discriminación por motivos de discapacidad promovido por el CERMI Estatal.

servicios adecuados. Y en ese sentido se debe destacar que uno de los casos más paradigmáticos en el que el CERMI ha intervenido, desde su asesoría jurídica, fue la situación de tres personas sordas a las que se les impidió utilizar el transporte aéreo para viajar desde Melilla a Madrid, sino iban acompañadas de una persona oyente, todo ello alegando, la compañía aérea, motivos de seguridad. Esta situación terminó en los Tribunales de Justicia y finalmente se dictó Sentencia, en la que se dio la razón al CERMI y la CNSE que demandaron en nombre de estas tres personas y la compañía aérea fue condenada[11].

Mayoritariamente las personas que se han sentido discriminadas por motivos de discapacidad perciben la misma como relacionada directamente con su condición de persona con discapacidad. Un porcentaje del treinta y cuatro por ciento perciben la discriminación de forma indirecta, debido a la inadecuación de los entornos, limitaciones en el diseño de los bienes, productos y servicios, falta de accesibilidad o la no existencia de ajustes razonables. Los encuestados además mencionan también un tipo de discriminación relacionado con el desprecio, el rechazo, la indiferencia y/o el trato poco respetuoso, en definitiva, una clara minusvaloración de sus capacidades de todo tipo.

Los ámbitos específicos, que el estudio señala, no difieren de los que la asesoría jurídica del CERMI ha detectado con el transcurso de los años, estos fundamentalmente son el empleo, la educación, la utilización de bienes y servicios a disposición del público en toda su extensión, acceso a los medios de transporte, la atención sanitaria, el derecho a la admisión, la contratación de seguros y de productos financieros, acceso a los servicios de la sociedad de la información y la relación con las administraciones públicas. Se puede observar que las esferas de afectación son múltiples y que *dañan* transversalmente a la vida de las personas con discapacidad y sus familias.

El estudio va más allá y se pregunta cuantas personas han realizado actuaciones contra esa posible discriminación. Una décima parte de los

[11] Sentencia nº 211 de la sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2009. Ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo Pérez San Francisco.

encuestados han realizado acciones legales, del tipo que sean y en un sentido amplio del término, para combatir la situación, y de ellos casi el cuarenta y cinco por ciento manifiestan que sus actuaciones han tenido efectos favorables. Los motivos alegados para no actuar también son significativos, y deben llevarnos a la reflexión para concluir de todo ello propuestas en positivo, y se mencionan entre otros desconocimiento de los mecanismos legales, inexistencia de los mecanismos, temor a la negativa, la falta de medios técnicos y económicos….

Para finalizar, se demuestra que la discriminación por motivo de discapacidad es una situación que se produce y que las personas con discapacidad y sus familias experimentan en casi todas sus facetas de la vida cotidiana y así lo señalan un amplio número de personas y por otra parte, la sensación desde la asesoría jurídica del CERMI es la cada vez mayor concienciación por las personas con discapacidad y sus familias de que algunas situaciones que se aceptaban como *algo que era sin más* y sin valorarse como posibles discriminaciones,; pasan a contemplarse desde una perspectiva distinta, desde la visión de los derechos, desde la valoración ahora distinta: *de que si no puedo hacer, no puedo acceder, no puedo utilizar etc…* ;quizá esas situación puedan ser discriminaciones y por tanto denunciables ante las diversas instancias existentes. Ese camino hacia la asunción de esa realidad es en la que deberíamos centrarnos en los próximos años.

4. Ámbitos de transgresión: vulneraciones más extendidas

El CERMI desde finales del año 2000, en que comenzó su servicio de atención jurídica, ha ido contrastando, sin afán estadístico, dónde se producen habitualmente las vulneraciones de derechos y los focos más propensos de transgresión y por tanto de posibles discriminaciones a las personas con discapacidad y sus familias; y estos, fundamentalmente, se centran en ámbitos que han sido resaltados en el punto anterior y extraídos del informe que se mencionaba y que a la sazón son: el acceso a la educación en sus diversos niveles, el empleo tanto público como privado, la edificación, fundamentalmente

la sujeta a la Ley de Propiedad Horizontal, el transporte, el acceso a bienes y servicios y las relaciones con las diversas administraciones públicas.

Desarrollaremos desde el trabajo realizado en el CERMI algunos aspectos sustanciales y mencionaremos otros informes realizados por otros organismos en relación esta materia.

Las materias jurídicas[12] sobre las que inciden las consultas formuladas al CERMI en estos últimos once años, por las personas con discapacidad y sus familias han experimentado una evolución significativa que debe resaltarse. Habitualmente las consultas se centraban fundamentalmente en asuntos que versaban sobre la Seguridad Social y en los aspectos laborales, pero estas cuestiones que aglutinaban la mayoría de las quejas y denuncias, han sido ocupadas su lugar, de forma evidente, y así en la actualidad se puede desglosar de la siguiente forma en porcentajes totales las materias sobre las que las consultas se realizan:

- **ADMINISTRATIVO.** El 23 por ciento de las consultas.
- **CIVIL.** El 8,5 por ciento de las consultas.
- **FISCAL.** El 9,5 por ciento de las consultas.
- **DISCRIMINACIÓN E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES**. El 20 por ciento de las consultas. El último informe de la asesoría Jurídica del CERMI del año 2011 sitúa en este porcentaje las consultas relacionadas con esta situación, incrementándose año a año[13].
- **SEGURIDAD SOCIAL.** El 29,5 por ciento de las consultas.
- **LABORAL.** El 8 por ciento de las consultas.
- **PENAL**. El 0,5 por ciento de las consultas.
- **MERCANTIL**. El 1 por ciento.

Se ha introducido, en los últimos años, una materia que ciertamente es transversal pero que por su significado especialmente relevante no se puede

[12] MORAL ORTEGA, O.: *Capítulo 8 Las insuficiencias de la legislación española en materia de discapacidad: sistematización de las denuncias y quejas de la ciudadanía con discapacidad (pág. 297-304)* dentro de la obra colectiva: Hacia un Derecho de la Discapacidad, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.
[13] Informe CERMI asesoría jurídica año 2011. WWW.cermi.es

dejar de mencionar como son las cuestiones de discriminación y falta de igualdad de oportunidades. Sobre todo tras la aprobación de la LIONDAU el número de situaciones que las personas con discapacidad y sus familias contemplan desde el prisma de la falta de igualdad y por ende de discriminación ha aumentado significativamente. Y desde mi valoración muchas cuestiones que las personas perciben como tan solo *cosas que les suceden,* son de forma directa o indirecta posibles escenarios de discriminación. Sobre todo en los contextos más sutiles y poco evidentes.

Las cuestiones[14], que se han detectado desde la asesoría jurídica que con mayor relevancia se muestran las situaciones de discriminación, en las consultas que se reciben, son las siguientes:

- Las falta de accesibilidad, para las personas con discapacidad, en los edificios sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal. Es quizás una de las consultas más reiterada y que genera una mayor discriminación entre las personas con discapacidad ya que afecta a uno de los ámbitos más personales el propio domicilio y la imposibilidad de entrar o salir del mismo o utilizar y todos sus elementos como el resto de los vecinos[15].

- La falta de accesibilidad universal en edificios de las administraciones públicas que dificulta o imposibilita las relaciones con ella, especialmente a las personas con discapacidad sensorial.

- El acceso al empleo público, la aplicación del turno de reserva para personas con discapacidad y de las medidas de apoyo y adaptaciones.[16] Un acceso normalizado al empleo público en igualdad de condiciones al resto de los aspirantes sin discapacidad, es condición ineludible para soslayar situaciones de discriminación.

[14] Ibíd.
[15] Artículo 15 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. BOE 184/2011. Publicado 2-08-11.
[16] Ley 30/1984, de reforma de la función pública, Ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre empleo público para perronas con discapacidad, el Real decreto 2271/2004, 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad y el estatuto básico del empleado público Ley 7/2007, de 12 de abril.

- La cuota de reserva de empleo en las empresas privadas y el mecanismo de las medidas alternativas. Situación semejante a la anterior, pero en ésta con el agravante de la persecución de las conductas infractoras no se encuentra generalizado desde las instancias administrativas.

- Discriminación en el acceso y permanencia a la educación en todos sus niveles, se detecta una falta de recursos, de medios y en ocasiones de una velada segregación que conlleva un punto de partida desigual para los alumnos con discapacidad.

- Situaciones de discriminación en el transporte público, especialmente en el transporte aéreo. Aunque siguen persistiendo situaciones de uso diario de transporte público colectivo terrestre que no garantizan su utilización en igualdad de condiciones y que en ocasiones tiene que ver con protocolos adecuados de mantenimiento de los sistemas de accesibilidad implantados (ascensores, rampas, tapices rodantes…) y que producen verdaderas situaciones de discriminación.

- Las prestaciones públicas y servicios sociales: requisitos de acceso y mantenimiento. Forma de solicitar y ante que organismos. Que determinan en ocasiones la posibilidad o no de llevar una vida normalizada a las personas con discapacidad y sus familias.

- La incapacitación judicial interrelacionado con sucesiones y testamentaria.[17]Un tema absolutamente fundamental, a raíz de la asunción por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para poner en valor y derecho positivo el artículo 12 de ese cuerpo normativo. Modificando los criterios ahora implantados en nuestro Código Civil y transitar por la

[17] Artículos 199 y ss. del Código Civil.

senda de los apoyos y del máximo reconocimiento de la capacidad legal y de actuar de las personas con discapacidad[18].

- Las discriminaciones por no poder acceder a bienes y servicios como el resto de los ciudadanos en el ocio y tiempo libre o en los seguros.

- Falta de accesibilidad en la comunicación y en las nuevas tecnologías que determina que una parte de la ciudadanía se vea excluida, discriminada en definitiva, en el acceso a esos bienes y servicios.

Estas son los ámbitos de transgresión más relevantes detectadas, para finalizar mencionaremos los informes de otros organismos que realizan seguimiento de consultas y quejas realizadas por personas con discapacidad y sus familias[19].

En primer lugar, la Oficina Permanente Especializada del Consejo Nacional de la Discapacidad que durante el año 2010 abrió 238 expedientes, de ellos 123 eran quejas. Los cuestiones atendidas fueron: Las telecomunicaciones y sociedad de la información, sobre todo por ausencia de accesibilidad en páginas web, falta de accesibilidad, subtitulación en la TDT; los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, especialmente falta de accesibilidad en rampas, video porteros, ascensores; el acceso y utilización de medios de transportes, en la ausencia de accesibilidad en trenes de cercanías, pagina web de RENFE no accesible; en los bienes y servicios a disposición del público, por discriminación en centros comerciales, negativa a seguros médicos a personas con discapacidad; y las relaciones con las administraciones públicas, la ausencia de adaptación a pruebas de acceso a la función pública, adaptaciones de puesto de trabajo. Como puede observarse existe una fuerte coincidencia con las vulneraciones que el CERMI tiene también detectadas.

---

[18] Sentencia de 28 de diciembre de 2009 del Juzgado nº 16 de Granada.
Sentencia nº 47/2011, de 11 de febrero de 2011 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª.

[19] CERMI, *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2010,* Colección Convención ONU, nº5, julio 2011, ediciones Cinca.

Por último, el informe anual del año 2010 del Defensor del Pueblo no contiene indicadores que permitan obtener información cuantitativa de las quejas emitidas por personas con discapacidad o sus familias. De las 8.299 quejas que el informe refiere, al apartado de Sanidad y Política Social en el aspecto de igualdad de trato, no desagrega aspectos referidos a nuestro colectivo.

Ello dificulta sobremanera realizar un análisis exhaustivo, pero de esos datos se desprende que en muchos de los conflictos planteados a la Defensoría se encuentran compelidas las condiciones de accesibilidad por su ausencia y el incumplimiento de normas y destaca, también, la falta de regulación autonómica del régimen legal de infracciones y sanciones en materia de igualdad de trato, no discriminación y accesibilidad universal. Algunas de las cuestiones recogidas en el informe y un buen número de quejas han sido y siguen siendo planteadas por el propio CERMI.

Resulta incuestionable, de lo mencionado con anterioridad, que urge que en próximos informes los datos de discapacidad apareciesen desagregados; esta información sería muy valiosa para determinar donde incidir por parte de los Poderes Públicos y especialmente al Legislador le serviría de pauta acción para atajar la situaciones de discriminación que en los diferentes ámbitos afectan a las personas con discapacidad y sus familias.

5. Conclusiones

Tras esta breve *singladura* por las normas y situaciones referidas a la materia de la no discriminación e igualdad de oportunidades, llega el momento de realizar algunas valoraciones a modo de conclusión. Estas son las mías, por supuesto, en *numerus apertus:*

I. Evolución normativa positiva, en el último decenio, en materia de no discriminación. Un corpus normativo extenso y bastante completo.

II. Pero existen flecos por rematar:

- Verdadero establecimiento del sistema arbitral, recogido en la LIONDAU, con una norma de desarrollo propia y desplegado solo parcialmente, en las Comunidades Autónomas y lograr su funcionamiento efectivo.

- Aplicación de la Ley de infracciones y sanciones derivada de la LIONDAU y de su desarrollo legal en todo el territorio. Y órganos más precisos y adecuados para su cumplimiento.

III. La plena eficacia de las actuaciones de los Poderes Públicos, en contra de la discriminación, se precisa que las normas se cumplan lisa y llanamente; y una acción decidida de las personas con discapacidad y sus familias, así como el movimiento asociativo de denuncia, queja y acción propositiva.

IV. La autodefensa[20] se convierte en una herramienta fundamental, utilizando todos los recursos que nos hemos dado en los últimos años:

- Beneficio de justicia gratuita.
- Denuncias y quejas ante la oficina permanente especializada, defensorías del pueblo.
- Utilización de los canales administrativos de recurso, inspección de trabajo, Ministerio Fiscal……

V. Actitud vigilante ante las situaciones y escenarios neutros o no evidentes que pueden generar discriminaciones más sutiles y menos perceptibles, buscando la ayuda necesaria para su denuncia y persecución.

VI. Búsqueda de alianzas con los operadores jurídicos en el conocimiento de las materias, en su estudio y que en última instancia nos lleven a la búsqueda de resoluciones y su ejecución, que atajen las situaciones discriminatorias hacia las personas con discapacidad y sus familias.

[20] Guía para la autodefensa de las personas con discapacidad elaborada por el CERM., la Guía práctica para la igualdad de trato en el empleo, elaborada por FUNDACIÓN ONCE y la Guía informativa de obras y actuaciones de accesibilidad en comunidades de propietarios. Régimen legal elaborada por el CERMI, año 2011.

VII. Inevitablemente, lo anterior, nos lleva a la utilización de los Tribunales de Justicia para resolver aquellas situaciones flagrantemente discriminatorias o que son reiteradas y persistentes y con un afán de no enmienda por parte del posible responsable, para obtener satisfacción judicial.

VIII. La utilización de los casos más relevantes[21] para difundirlos hacia la sociedad, organizar protocolos de actuación con las buenas prácticas y reconocimiento de aquello que no funciona, para desecharlo.

IX. Buscar conexión con los medios de comunicación y uso de las nuevas tecnologías para la difusión de los resultados positivos y así mismo de las prácticas discriminatorias para que adquieran relevancia. Crear opinión y difundirla.

Normativa y sentencias

- Constitución Española de 1978.
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.
- Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.
- La Ley 39/2006, de 14 de noviembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.
- Real Decreto 1471/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

[21] CABRA DE LUNA, M.A.: *Capítulo 4. Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad (pág. 181-221) dentro de la obra colectiva: Hacia un Derecho de la Discapacidad*, Aranzadi, Thomson Reuters, 2009.

- Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- Sentencia Tribunal Constitucional 216/1991.

- Sentencia Tribunal Constitucional 3/1993, de 14 de enero.

- Sentencia nº 211 de la sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Madrid de 6 de mayo de 2009.

Bibliografía

ALCAIN MARTÍNEZ, E.: *Legislación sobre discapacidad*. CGAE, CERMI Y Thomson-Aranzadi, Cizur Menor-Pamplona, 2005.

ALCAIN MARTÍNEZ, E., GONZALEZ-BADIA FRAGA, J. y MOLINA FERNANDEZ, C. (Coord.).: *Régimen Jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea.* Editorial Comares, Granada, 2006.

CABRA DE LUNA, M. Á.: *Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad.* I Sesión de trabajo de las asesorías jurídicas de las Organizaciones del CERMI Estatal, www.cermi.es, Madrid, 2007.

CERMI.: *Guía para la autodefensa de las personas con discapacidad*, 2009.

CERMI.: *Guía informativa de obras y actuaciones de accesibilidad en comunidades de propietarios*. Régimen legal, año 2011.

CERMI.: *Derechos Humanos y discapacidad. Informe España 2010*, colección Convención ONU, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2011.

FUNDACIÓN ONCE.: *La igualdad de trato en el empleo Guía práctica,* 2007.

INE.: *Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y situaciones de Dependencia. Avance de Resultados.* (EDAD 2008).

PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO, R.: *Tratado sobre Discapacidad.* Thomson-Aranzadi, Cizur Menor-Pamplona, 2007.

PÉREZ BUENO, L.C.: *Hacia un derecho de la discapacidad Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor-Pamplona, 2009.

LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Rafael de Asís Roig
Patricia Cuenca

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Es para mí un verdadero placer participar en una obra homenaje a Miguel Ángel Cabra. Conocí a Miguel Ángel hace ya unos cuantos años. En aquel entonces, la ONCE y su Fundación, contribuyeron de manera significativa a la promoción del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas que yo dirigía. Eran, sorprendentemente, momentos en los que la reflexión sobre los derechos de las personas con discapacidad no constituía un eje prioritario de la investigación de este Instituto, como lo es ahora. Seguramente uno de los artífices de ese cambio, haya sido Miguel Ángel Cabra, junto con Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios. En todos estos años, Miguel Ángel Cabra me ha demostrado siempre no sólo un compromiso con el mundo de la discapacidad y una elevada aptitud para la gestión, sino también una solidez investigadora.

Rafael de Asís Roig

Índice

1. Igualdad de oportunidades y discapacidad: la no discriminación
2. La lucha contra la discriminación

1. Igualdad de oportunidades y discapacidad: la no discriminación

No cabe duda de que la igualdad es uno de los grandes referentes de los discursos ético y jurídico. En el campo ético, el tratamiento que se da a la igualdad sirve para diferenciar entre distintas propuestas o teorías éticas[22]; en el campo jurídico, su utilización sirve para delimitar el sentido y alcance de las políticas públicas.

Como no podía ser de otra forma, esta relevancia de la igualdad se ha proyectado en el campo de la discapacidad y, al mismo tiempo, la cuestión de la discapacidad se ha convertido en un punto esencial de la reflexión sobre la igualdad.

En efecto, la discapacidad se ha convertido en uno de los temas recurrentes de las teorías contemporáneas sobre la igualdad y sobre los derechos fundamentales. Así por ejemplo, uno de los grandes referentes de la filosofía ética y política del siglo XX, John Rawls, lo ha tenido en cuenta al en le tratamiento de las posiciones sociales dentro de su Teoría de la Justicia[23]. Por su parte, R. Dworkin, seguramente el principal exponente de la filosofía jurídica y política contemporánea, aborda esta cuestión en su propuesta de igualdad de recursos[24]. Pero son Amartya Sen y Martha Nussbaum quienes, desde su enfoque de las capacidades, sitúan a la discapacidad como uno de los puntos centrales de la reflexión sobre la justicia.

Amartya Sen, Premio Nobel de Economía de 1998 y uno de los grandes defensores de la conexión entre la ética y la economía, elabora una teoría de las capacidades que parte de una idea de individuo caracterizado por su potencial capacidad[25]. En este sentido, el desarrollo de una vida humana digna estará representado por la capacidad para elegir entre diferentes opciones. Por

---

[22] Vid. al respecto Ribotta, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010.

[23] Vid. Rawls, J., *A Theory of Justice*, (1971), Harvard University Press, 1999, p.83.

[24] Vid. Dworkin, R., *Virtud Soberana*, trad. de M.J. Bertomeu y F. Aguiar, Paidós, Barcelona 2003, pp. 75 y ss.

[25] Vid. Sen, A., "¿Igualdad de qué?", en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona 1988, pp. 133 y ss.

su parte Martha Nussbaum, critica las teorías contractualistas sobre la justicia, afirmando que éstas no prestan atención a tres de los principales asuntos de la justicia social, uno de los cuales es el del tratamiento de las personas con discapacidad. Nussbaum, desarrollará la teoría de Sen, defendiendo una idea esencialista de ser humano con capacidades comunes y elaborando una lista de diez capacidades funcionales[26]. En este sentido, defenderá la obligación de lograr que todas las personas alcancen y desarrollen esas capacidades hasta el nivel que permita su condición[27].

Pero la atención a la discapacidad desde un enfoque de igualdad, no se ha producido sólo en el ámbito filosófico, sino también en el jurídico, máxime desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[28], texto cuyo articulado puede ser descrito en términos de igualdad y no discriminación.

En nuestro país, dentro de la normativa en materia de discapacidad, las referencias a la igualdad son constantes. No en vano, una de las principales leyes reguladoras de los derechos de las personas con discapacidad es se denomina "Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad" (LIONDAU).

Pues bien, existen diferentes maneras de entender la igualdad y de proponerla como criterio de justicia. Una de las clasificaciones más utilizadas es aquella que diferencia entre igualdad de oportunidades e igualdad de resultados.
La igualdad de oportunidades, como ha señalado N. Bobbio, "apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales"[29]. Por su parte, la igualdad de resultados se corresponde con aquellas medidas que pretenden de

[26] Vid. Nussbaum, M., *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. de R. Bernet, Herder, Barcelona 2002, pp. 120 y ss.
[27] Nussbaum, M., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Paidós, Barcelona 2006, p. 221.
[28] Sobre la Convención, vid. Palacios, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad"*, CERMI, Madrid 2008.
[29] Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993, p. 78.

manera directa satisfacer aspectos de la competición o conquistas vitalmente significativas.

Aunque es habitual contraponer estos dos tipos de igualdad, su distinción dista mucho de ser clara. En efecto, aunque en línea de principio la igualdad de oportunidades básicamente implique, como ha señalado M.C. Barranco, "la adopción de medidas orientadas a eliminar los obstáculos que impiden que los individuos compitan en condiciones de igualdad"[30], mientras que la de resultados suponga la adopción de medidas que directamente satisfacen necesidades o exigencias de personas y/o colectivos, pueden darse situaciones en las que precisamente una medida de este tipo implique la igualación de oportunidades.

Esta relación no ha pasado inadvertida a la plasmación jurídica de la igualdad de oportunidades. Así por ejemplo, cuando la LIONDAU se refiere en su artículo 4 a la vulneración de esta igualdad, lo hace incorporando supuestos tradicionalmente contemplados desde la órbita de la igualdad de resultados, como es el caso de las medidas de acción positiva[31].

En todo caso, la igualdad de oportunidades representa el uso más consolidado de la igualdad en la práctica jurídica, seguramente porque, a diferencia de la igualdad de resultados, se presenta como justificada desde una óptica universal. Con ello, lo que se quiere afirmar es que es posible defender una igualdad de oportunidades en todo, siendo en cambio difícil defender una igualdad de resultados en todo.

Sin embargo, conviene advertir que la igualdad de oportunidades, como ha señalado Barranco, puede revelarse insuficiente para asegurar la igualdad de derechos. En efecto, "es posible considerar situaciones en las que dos sujetos

[30] Barranco, M.C., *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 47, Dykinson, Madrid 2011, p. 36.

[31] En efecto, en este precepto se afirma: "Se entenderá que se vulnera el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas".

tengan las mismas oportunidades para competir, pero se produzcan circunstancias que hagan que de hecho, siempre ganen los sujetos que forman parte de un determinado grupo"[32]. Y ello es así porque en muchos casos, la reflexión sobre la igualdad se proyecta no ya sobre situaciones o prácticas concretas sino más bien sobre estructuras sociales.

De ahí que sea importante, cuando hablamos de igualdad de oportunidades, manejar un concepto amplio de oportunidades que integre también la reflexión sobre situaciones estructurales. Como ha señalado, I.M. Young, "el concepto de oportunidad se refiere a la capacidad más que a la posesión; da cuentas del hacer más que del tener. Una persona tiene oportunidades si no se le impide hacer cosas y vive bajo las condiciones que le permiten hacerlas. Naturalmente tener oportunidades en este sentido implica a menudo tener posiciones materiales tales como comida, vestido, herramientas, tierra o maquinarias. Sin embargo, el hecho de tener posibilidades o no tenerlas se refiere directamente a las reglas y prácticas que gobiernan nuestra acción, al modo en que otra gente nos trata en el contexto de relaciones sociales específicas… Por tanto, evaluar la justicia social teniendo en cuenta si las personas tienen oportunidades no debe implicar evaluar un resultado distributivo, sino la estructura social que otorga o quita posibilidades a os individuos en situaciones relevantes"[33].

En definitiva, la relación existente entre igualdad de oportunidades y de resultados, y la necesidad de manejar una visión amplia de oportunidades para hacer que ésta sea real y efectiva, ponen de manifiesto como el punto de partida de toda esta reflexión viene representado por la lucha contra la discriminación. Dicho de otra manera, claramente el fundamento, pero también buena parte del contenido de la igualdad de oportunidades, viene representado por la no discriminación.

---

[32] Barranco, MC., cit., p. 38.

[33] Young, Irish Marion, *La justicia y la política de la diferencia*, Colección Feminismos, Universidad de Valencia, 2000, pp. 49 y 50.

2.- La lucha contra la discriminación

La historia de los derechos humanos puede ser descrita como una historia de lucha contra la discriminación. Y esto es mucho más evidente a partir del siglo XIX y sobre todo en el siglo XX gracias, por un lado, a la consolidación del rasgo de la universalidad como propio de los derechos, por otro, al manejo de dos de las principales proyecciones de la igualdad (la formal y la material), y por último, a la aparición de dos de los procesos históricos de los derechos (el de generalización y el de especificación).

Ciertamente, el ideal de la universalidad ha venido acompañando a los derechos desde sus primeras formulaciones. Los derechos humanos se han venido predicando como propios de todos los seres humanos sin distinción. Las primeras declaraciones de derechos hablan así de que los seres humanos nacen todos con los mismos derechos y así deben permanecer. Sin embargo, el rasgo de la universalidad ha sido desmentido por la "práctica" de los derechos. En efecto, a pesar de que las declaraciones adoptan un punto de vista universalista, la titularidad de los derechos ha estado siempre condicionada por diversos factores (el género, el trabajo, el estatus, la nacionalidad, la capacidad, etc.…). Pues bien, uno de los grandes objetivos del pensamiento sobre los derechos, presente ya en el siglo XIX pero con un especial énfasis en el XX y en lo que llevamos del XXI, consiste en la lucha por la extensión de este ideal al ámbito de la práctica (aunque, ciertamente, este objetivo se encuentra ahora con la problemática del reconocimiento de la diversidad), bajo el paraguas de la lucha contra la discriminación.

Por otro lado, la idea de igualdad es también una constante de la Teoría de los derechos. De nuevo se trata de un valor presente en las declaraciones de derechos, naturalmente vinculado a la lucha contra la discriminación en sus dos dimensiones clásicas (la formal y la material). Y esta lucha contra la discriminación está muy presente, como señalaba antes, en dos de los cuatro grandes procesos históricos de los derechos[34].

[34] Sobre los procesos históricos de los derechos vid. Peces-Barba, G. y otros, *Curso de derechos fundamentales*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

Como es sabido, no se puede hablar propiamente de derechos humanos hasta la modernidad[35]. En este contexto, la idea de los derechos se origina en el marco de tres grandes reflexiones: la de los límites al Poder político, la de los límites al Poder religioso y la de la humanización del Derecho penal y procesal. Estas tres reflexiones se manifestarán en forma de reconocimiento de derechos dando lugar a lo que se ha denominado como proceso de positivación, primer proceso de la historia de los derechos, que será seguido por el de generalización, el de internacionalización y el de especificación[36]. Así, el proceso de positivación expresa el paso de los derechos del mundo de las ideas al ámbito jurídico. En este sentido, supone la incorporación de los derechos a documentos jurídicos. Implica así, la toma de conciencia de la necesidad de que aquellas necesidades, exigencias, pretensiones y demás aspectos que atañen al desenvolvimiento moral del ser humano sean incorporadas al Derecho positivo.

En este proceso, está presente una idea de igualdad formal pero muy distante de la universalidad. Lo que quiero decir con ello es que en este momento se considera que los derechos pertenecen a todos seres humanos, pero no todas las personas forman parte de esta categoría de seres humanos. Así, las concepciones que apoyan el proceso de positivación defensoras de la igualdad formal pero no de la universalidad, serán sustituidas en la historia por planteamientos que, por diferentes caminos, tratarán de extender la idea de ser humano como ser valioso en sí mismo a todas las personas. Y precisamente esta será la idea latente en el proceso de generalización.

El proceso de generalización supone la ampliación de la titularidad de los derechos a otros sectores de la población. Es así un intento de dar coherencia al discurso de los derechos. Un discurso de los derechos que entiende a éstos como naturales, esto es como pertenecientes a todos los seres humanos; y una

---

[35] Vid. *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, (dirigido por Gregorio Peces-Barba y Eusebio Fernández), Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 1998. Y también *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, 3 volúmenes, Siglo XVIII*, (dirigido por Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís), Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 2001.

[36] Vid. Peces-Barba, G., y otros., *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2006.

realidad que circunscribía el disfrute de los mismos a un clase social determinada, representada por la burguesa. Un discurso basado en la defensa de la igualdad natural de los seres humanos; y una realidad susceptible de ser descrita en términos de desigualdad. En este sentido, en el proceso de generalización se maneja una idea de igualdad formal compatible ahora si con la defensa de la universalidad. Y esta defensa de la universalidad, trae consigo, en un segundo momento de la generalización, de manera paradójica, la introducción de la igualdad material. En efecto, el proceso de generalización tiene dos grandes momentos. El primero de ellos se corresponde con la visión que he presentado en su primera aproximación. El segundo, se caracteriza por la introducción de la idea de igualdad como mecanismo para conseguir una igual satisfacción de los derechos, aunque ello suponga renunciar a la universalidad jurídica.

Junto a los dos procesos que he presentado, es posible referirse también al proceso de internacionalización, que expresa el reconocimiento de los derechos en el plano internacional y con ello, el establecimiento de sistemas de garantías de carácter supraestatal. Los primeros signos de este proceso se encuentran en la lucha por la abolición de la esclavitud, en el impulso al Derecho humanitario y en la protección a las minorías.

Por último es posible hablar de un cuarto proceso, denominado de especificación y que se caracteriza por la aparición de textos jurídicos en los que se reconocen derechos específicos de ciertos colectivos. En este sentido, el proceso de especificación utiliza una idea de igualdad que se vincula con la diversidad. El proceso de especificación tiene que ver con reconocimiento de derechos derivados de rasgos que identifican a un sujeto o a un colectivo (como por ejemplo derechos de los pueblos indígenas).

Como se habrá observado la teoría de los derechos se pronuncia sobre el papel de la igualdad en abstracto y sobre el papel de la igualdad en su proyección en colectivos y situaciones concretas. Ahora bien, hablo de “la teoría de los derechos”, para hacer referencia a un campo de conocimiento pero no necesariamente a un conjunto de proposiciones definitivas sobre el

significado y papel de los seres humanos, sobre sus necesidades y pretensiones o sobre las herramientas que deben proteger y garantizar el desarrollo de una vida humana digna. Lo que quiero decir con esto es que, obviamente, la reflexión sobre los derechos humanos supone adoptar una primera posición normativa (si se prefiere ideológica), pero más allá de esta primera posición (que da lugar a lo que puede entenderse como concepción mínima o de los derechos), existen diferentes maneras de concebir los derechos (distintas teorías de los derechos).

Es habitual contemplar como una acción es realizada utilizando a los derechos como justificación; y que son los mismos derechos los que se emplean para rechazarla. En el ámbito de la Teoría de los derechos, entendida ésta como campo de conocimiento, solemos así destacar que existen diferentes maneras de concebirlos y justificarlos. Y es precisamente, como ya se señaló al comienzo, el alcance y el significado que se da a la igualdad y la no discriminación, una de las variables que nos sirven para diferenciar entre teorías de los derechos (entendidas ahora como proposiciones normativas).

Sin embargo, y a pesar de estas diferencias, como también he advertido, hay algunos referentes comunes en todas estas teorías. En lo que atañe a la igualdad, es posible afirmar que, en la actualidad, el discurso de los derechos en materia de igualdad parte del hecho de la diferencia. En efecto, de manera contraria a lo que ocurrió en el origen de la historia de los derechos en donde se hablaba de la igualdad como un hecho que caracterizaba a los seres humanos, la reflexión contemporánea sobre los derechos parte del hecho de la diferencia. Los seres humanos somos diferentes y nos encontramos en situaciones diferentes. Y a partir de ahí, el discurso sobre la igualdad se desenvuelve a través de dos grandes proyecciones: la diferenciación negativa y la positiva. En la primera, la diferenciación negativa, se trata de averiguar qué rasgos de los que nos hacen diferentes o qué situaciones que nos diferencian, son irrelevantes para justificar un trato distinto; en la segunda, la diferenciación positiva, se trata de averiguar qué rasgos de los que nos hacen diferentes o qué situaciones que nos diferencian, son relevantes para justificar un trato distinto.

Desde este punto de partida, la discriminación se entiende como una situación o un trato diferente que no encuentra justificación alguna o cuya posible justificación decae por la existencia de argumentos superiores. Así, existe discriminación cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente, y cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente. Las cuestiones de la relevancia de las diferencias y de la razonabilidad de los argumentos, se han convertido en los asuntos nucleares de la reflexión sobre la igualdad en la Teoría de los derechos.

En este punto, como en prácticamente todos los asuntos que afectan a los derechos, puede comprobarse la relevancia del discurso justificatorio. De un discurso justificatorio que, en este caso, se desenvuelve entre dos tipos de argumentos que en otros lugares he denominado como el argumento (enfoque o perspectiva) de la situación y el argumento (enfoque o perspectiva de la identidad)[37].

El argumento (enfoque o perspectiva) de la situación, parte de la afirmación del valor de las personas (normalmente apelando a la dignidad humana), y presta atención a las circunstancias en las que se encuentran. Estas circunstancias pueden ser descritas en términos de discriminación dependiendo de la relevancia o no de la diferencia. Así, en el ámbito de los derechos, se produce discriminación cuando esas circunstancias conllevan la insatisfacción de los derechos.

El argumento (enfoque o perspectiva) de la identidad, parte del valor del grupo (normalmente apelando a la diversidad), y presta atención a los rasgos que sirven para identificar a una persona o a un grupo. Desde estos rasgos se pueden producir situaciones de discriminación cuando no se satisfacen

[37] Vid. De Asís, R., Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos", en M. A. Ramiro y Puenca (ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid 2010, pp. 163 a 179.

derechos por motivo de esos rasgos o cuando no se reconocen derechos específicos por el desconocimiento de esos rasgos.

Estos dos argumentos o enfoques, están presentes en el tratamiento de los llamados grupos vulnerables.

En efecto, estos dos argumentos sirven para diferenciar, por ejemplo, en el ámbito de los derechos de las mujeres, entre el feminismo de la igualdad (que adoptaría un enfoque de la situación) y el de la diferencia (que adoptaría un enfoque de la identidad).

Aunque es posible hacer referencia a muchas variantes dentro del pensamiento feminista[38], de manera muy general, las reivindicaciones de los derechos de las mujeres, desde este pensamiento, ha seguido dos caminos: el del feminismo de la igualdad y el del feminismo de la diferencia. Desde una óptica feminista, ha señalado Jane Freedman, que el debate entre feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia "consiste en si las mujeres deben luchar por ser iguales a los hombres o si, por el contrario, deben valorar sus diferencias respecto a ellos"[39].

El feminismo de la diferencia se caracteriza por la defensa de una visión que podríamos denominar como identitaria de la mujer[40]. Esta posición subraya así la existencia de unos rasgos biológicos, culturales o morales[41], que caracterizan a las mujeres y que permiten construir una teoría moral específica[42]. Así, se critica el discurso tradicional de la igualdad que se considera por un lado anclado en una visión masculina de los seres humanos y, por otro, desconocedor de la diferencia existente entre el hombre y la mujer.

---

[38] Así se habla del feminismo radical (para el que la desigualdad social es consecuencia del patriarcado, llegando en ocasiones a proponer la necesidad de sustituirlo por un matriarcado), de feminismo de la diferencia (caracterizado por la defensa de una identidad femenina), de feminismo de la igualdad (caracterizado por la defensa de la necesidad de abandonar argumentos basados en el sexo para la distribución de los bienes), de feminismo marxista, de ecofeminismo, de feminismo filosófico, de feminismo separatista, etc.

[39] Freedman, Jane., *Feminismo ¿Unidad o conflicto?*, trad. de J. López Ballester, Narcea, Madrid 2004, p. 25.

[40] Vid. Young, I., *La justicia y la política de la diferencia*, cit., p. 78.

[41] Vid. Irigaray, L., *Amo a ti: bosquejo de una felicidad en la historia*, trad. de V. Goldstein, Icaria, Barcelona 1994, p. 73.

[42] Vid. Gilligan, C., *La mujer y la política. Psicología del desarrollo femenino*, Fondo de Cultura Económica, México 1985.

La lucha contra la discriminación de la mujer no debe ir en la línea de situar a ésta en una posición similar a la del hombre[43], ya que eso supone seguir manteniendo en definitiva la sujeción a éste, sino más bien en la línea de reconocer derechos específicos derivados de los rasgos identitarios de las mujeres[44].

Por su parte, el feminismo de la igualdad maneja, frente a las posiciones anteriores, una estrategia diferente para la lucha contra la discriminación, fundada en una visión universal de los seres humanos. Así, debe procederse a la corrección de la situación discriminatoria en la que se encuentran las mujeres mediante la satisfacción de aquellos bienes que no tienen satisfechos. Y ello implica tanto la justificación de medidas que pretenden generalizar de manera eficaz el disfrute de los derechos, cuanto la justificación de aquellas otras de carácter específico que permitan situar en una igualdad de oportunidades a las mujeres.

Los rasgos básicos de uno y otro discurso, conllevan a una fundamentación diferente de los derechos de la mujer. Así, de manera general, para el feminismo de la diferencia estos derechos estarían justificados en la existencia de unos rasgos que identifican a la mujer y no necesariamente, en la situación de discriminación en la que estas se encuentran; mientras que para el feminismo de la igualdad, la justificación de los derechos derivaría de la situación de discriminación de la mujer y no de la posible existencia de unos rasgos propios de ese grupo. Obviamente, el feminismo de la diferencia atiende a la situación de discriminación, si bien considera que esta es producto de una visión masculina de la realidad que es la que hay que atajar. Por su parte, el feminismo de la igualdad no niega la posible existencia de esa visión masculina de la realidad, que es necesario erradicar, si bien considera que la manera de luchar contra ello no es otra que lograr una satisfacción de los derechos de la mujer similar a la que poseen los hombres.

---

[43] Vid. Friedan, B., *La mística de la feminidad*, Júcar, Madrid 1974, pp. 90 y ss.

[44] Sobre el feminismo de la diferencia vid. Álvarez, S., “Diferencia y teoría feminista”, en AA.VV., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid 2001, pp. 243 y ss.

La distinción entre argumento de la situación y argumento de la identidad, está también presente en el tratamiento de los derechos de los inmigrantes y, más concretamente, en una de las piezas clave de este discurso: la integración. Como es sabido, la cuestión de la integración tiene dos grandes proyecciones[45]: por un lado la referida a la extensión de los derechos de los nacionales a los extranjeros; por otro, la referida al reconocimiento de derechos específicos a los extranjeros. Pues bien, es común utilizar en la primera de las proyecciones una argumentación basada en situaciones, mientras que en la segunda suele utilizarse una argumentación basada en rasgos o identidades.

Y podríamos seguir aludiendo a los derechos de los niños o de los mayores, donde de nuevo aparecen estos dos argumentos que vengo destacando[46]. Pero nos interesa más subrayar, como los dos argumentos están también presentes en el campo de los derechos de las personas con discapacidad y aparecen vinculados al modelo social (argumento de la situación) y al modelo de la diversidad identitaria (argumento identitario).

En la historia del tratamiento de la discapacidad es posible advertir cómo, desde un punto de vista general, se ha pasado de un enfoque centrado en los rasgos (es decir, identitario), a un enfoque más de situación. Un buen ejemplo de ello lo constituye la diferente visión presente en la Ley de Integración Socia de los Minusválidos de 1982, en la que predomina el primero de los enfoques, y en la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de 2003, en la que predomina el segundo. Este cambio se ha producido al hilo de la extensión del denominado modelo social (frente al modelo rehabilitador), si bien, no ha sido un cambio total al mantenerse todavía en ambas regulaciones una definición de persona con discapacidad centrada en “porcentajes de minusvalía” (esto es, en rasgos identitarios).

[45] Vid. De Asís, R., *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.
[46] Vid. sobre estos temas Campoy, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid 2006; Blázquez, D. (ed.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 40, Dykinson, Madrid 2007.

En todo caso, como es sabido, la filosofía que inspira buena parte de la literatura y de las normas contemporáneas en materia de los derechos de las personas con discapacidad suele ser representada a través del denominado modelo social de la discapacidad que, a su vez, puede ser descrito (de manera genérica y seguramente insuficiente)[47], a través de los siguientes postulados:

a) La defensa de que el enfoque correcto para abordar la discapacidad desde un punto de vista normativo es el de los derechos humanos.

b) La defensa de que la discapacidad tiene, en la mayoría de los casos, un origen social por lo que las medidas tendentes a satisfacer los derechos de las personas con discapacidad deben tener como principal destinataria a la sociedad en general.

c) La defensa de que la discapacidad es, principalmente, una situación en la que se encuentran o pueden encontrarse las personas y no un rasgo individual que las caracterice.

d) La defensa de que, por todo ello, la política normativa en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad debe moverse en el plano de la igualdad y la no discriminación y, dentro de este, en el ámbito de la generalización de los derechos.

Este último postulado posee dos implicaciones que nos interesa subrayar. Por un lado supone que las herramientas básicas para la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad deben basarse en las dos proyecciones clásicas de la igualdad, esto es la diferenciación negativa y la positiva, generalizando y haciendo efectivos los derechos humanos a este colectivo. Por otro lado supone que el discurso de los derechos de las personas con discapacidad está, predominantemente, centrado en situaciones y no en identidades; los derechos de las personas con discapacidad son, en términos

[47] Para una caracterización más completa vid. Palacios, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008, pp. 103 y ss.

generales, los mismos derechos que posee cualquier persona y, por tanto, su justificación no obedece a rasgos individualizadores o de identidad de un colectivo.

En los últimos años, dentro del discurso de los derechos de las personas con discapacidad, se ha comenzado a hablar del modelo de la diversidad[48]. Este término, preconizado por los movimientos de vida independiente, ha servido para rescatar un discurso que, si bien no puede ser considerado como identitario, apela al valor que tiene la diversidad representada por las personas con discapacidad; discurso que ha tenido una relativa plasmación en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad. La existencia de personas con discapacidad es, para este modelo, un ejemplo de la diversidad humana, constituyéndose en un factor enriquecedor de la sociedad. El modelo de la diversidad complementa así el modelo social incorporando una dimensión de reconocimiento.

Pero existe otro modelo de tratamiento de la discapacidad (aunque no está de todo claro que sus precursores lo introduzcan en este ámbito), que apela también a la diversidad pero desarrollando un discurso diferente: el preconizado por la Comunidad Sorda. Este discurso se desenvuelve dentro de parámetros de corte comunitario, mientras que el propugnado por los movimientos de vida independiente lo hace desde parámetros de corte liberal. Precisamente, el discurso propugnado por la Comunidad Sorda, permite hablar de un modelo de la diversidad identitaria.

En efecto, el modelo de la diversidad defendido por los movimientos de vida independiente, desde la exaltación del valor de las personas con discapacidad, subrayan el derecho de todas las personas al logro de una vida humana digna, o lo que es lo mismo, a la consecución de sus planes de vida. Para ello, las personas con discapacidad deben ser autónomas e independientes, lo que supone eliminar barreras bien de manera general bien mediante el suministro

[48] Vid. Romañach, J. y Palacios, A., *El modelo de la diversidad*, Diversitas-AIES, Madrid 2006. Vid. también Romañach, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid 2009, pp. 28 y ss.

de recursos, de carácter individual, que permitan a cada individuo ejercer su autonomía.

Por su parte, el modelo defendido desde la Comunidad Sorda, también exalta del valor de las personas con discapacidad, pero lo hacen considerando que se trata de un colectivo cultural con valores propios que deben ser protegidos, garantizados y promovidos por la sociedad. En este sentido, además de la eliminación de barreras, es necesario proteger los rasgos que definen a este colectivo y elaborar políticas que permitan su desarrollo y su pervivencia en el tiempo.

Así, como vemos, el modelo social se desarrolla manejando predominantemente un enfoque de la situación mientras que el modelo de la diversidad identitaria lo hace manejando un enfoque de la identidad. En todo caso, la distinción entre estos dos modelos no es tajante. Así, no puede negarse que el propio modelo social utiliza un concepto de discapacidad que posee, aunque sea en dosis mínimas, ciertas implicaciones identitarias o, si se prefiere, centrada en los rasgos de las personas. Y tampoco hay que pasar por alto que, las posiciones identitarias no tienen porqué dejar a un lado la atención a la situación. Incluso es posible afirmar que uno de los retos a los que se enfrenta el enfoque de la discapacidad desde los derechos humanos es precisamente el de saber compaginar estos dos enfoques, el de saber conjugar el discurso universal y el particular[49].

Esto puede observarse con meridiana claridad si centramos nuestra atención en la regulación de la capacidad jurídica. Tradicionalmente, esta regulación, representada a través de la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, se ha basado en un enfoque de corte identitario. Sin embargo, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad utiliza predominantemente un enfoque de situación.

[49] Vid. De Asís, R., “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos”, cit., pp. 163 y ss.

En efecto, la restricción actual de la capacidad de obrar se apoya en una serie de rasgos que definen a un individuo y desde los que se limita su actuar jurídico. El declarado incapaz, en el ámbito jurídico español, lo es por los rasgos que le identifican y no por hábitos, estructuras o situaciones sociales (tal y como queda claro en el artículo 200 del Código civil o en el 25 del Código penal. En el primero se afirma: "Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma". En el segundo se dice: "A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma").

Sin embargo, esta regulación está cuestionada desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad[50]. Como ya he advertido, la Convención es un ejemplo de norma que pretende luchar contra la discriminación. La construcción del principio de igualdad y no discriminación presente en la Convención se acomoda al tratamiento contemporáneo de la idea de igualdad. Se considera así como discriminatorio tanto el trato diferente basado en circunstancias no relevantes, cuanto el trato no diferente desconocedor de circunstancias relevantes. Las circunstancias que se tienen en cuenta en este campo se corresponden bien con rasgos de las personas (enfoque de la identidad) bien con situaciones en las que se encuentran las personas (enfoque de la situación).

En la Convención encontramos estos dos enfoques, que se relacionan con el modelo social (en el que predomina la perspectiva de la situación) y el modelo de la diversidad y de la identidad (en el que predomina la perspectiva de la identidad). Sin embargo, el modelo social que inspira el texto internacional, nos obliga a poner el acento en la perspectiva de la situación.

[50] Vid. Cuenca, P. (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid 2010.

En efecto, para la Convención la capacidad y la discapacidad son más bien reflejo de una situación y no una cuestión que podríamos denominar como de identidad. Se trata de situaciones que pueden producirse a veces por circunstancias, estructuras y condicionantes sociales.

Y desde esta perspectiva debe entenderse el artículo 12 de la Convención al disponer, en su apartado 2, que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida, promoviendo así el paso del modelo de sustitución al modelo de apoyo[51].

Los argumentos de la situación y de la identidad como enfoques desde los que abordar el discurso contemporáneo sobre la igualdad y la no discriminación, sirven también para distinguir dos de los procesos históricos de los derechos humanos que ya he subrayado: el proceso de generalización y el de especificación.

Así el proceso de generalización, que supone la extensión de la titularidad y el ejercicio de los derechos a personas que nos los tienen satisfechos, utiliza el enfoque de la situación. Se centra en la situación en la que se encuentran determinadas personas o colectivos y demanda le reconocimiento de derechos a éstas personas para corregir esa situación. La identidad puede ser una razón que provoca la situación, pero no es una razón para solucionar la discriminación.

Por su parte, el proceso de especificación implica el reconocimiento de derechos específicos apoyándose en los rasgos que identifican a ciertas personas o colectivos. En este proceso, la identidad aparece como una razón que justifica la atribución de los derechos.

En todo caso, la consecuencia de ambos argumentos puede ser, en ocasiones, la misma: el reconocimiento de derechos específicos. Esto es lo que

[51] Este modelo está mucho más cercano a la visión amplia de las oportunidades que hemos defendido brevemente al comienzo.

caracteriza al proceso de especificación, pero también puede darse en el de generalización. En efecto, el proceso de generalización puede derivar en el reconocimiento de derechos específicos de personas o grupos que se encuentran en una situación de discriminación.

Sin embargo, como se ha subrayado, la justificación no es idéntica. La perspectiva de la situación utiliza la diferenciación positiva para conseguir la igualdad mientras que la perspectiva del grupo utiliza la diferenciación positiva para proteger la diversidad. Así, el argumento de la identidad no sirve para la perspectiva de la situación. Lo que caracteriza la especificación no es tanto el reconocimiento de derechos a colectivos determinados sino, junto a ello, la valoración positiva de la identidad del colectivo.

De los dos argumentos, puede afirmarse que el de la situación es el más aceptado y seguido. El argumento de la identidad plantea algunos problemas derivados de la necesidad de adoptar para su comprensión y justificación, un discurso que exalta el sentimiento frente a la razón. Y también presenta el problema de la definición de lo colectivo y de la representación de lo colectivo.

Por su parte el argumento de la situación parte de la dignidad como valor universal y desde él otorga prioridad a la situación frente a la identidad. Ahora bien, conviene advertir como este argumento, como se ha apuntado, utiliza una dimensión de la identidad derivada precisamente del ideal de la dignidad humana, detrás del cual existe un modelo de ser humano, esto es, una identidad humana que puede ser cuestionada.

Por eso, es necesario combinar ambos argumentos en el tratamiento de la igualdad y la no discriminación, siendo este precisamente uno de los grandes retos de la teoría de los derechos.

Bibliografía

ÁLVAREZ, S.: *"Diferencia y teoría feminista*", en AA.VV., *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza, Madrid 2001.

BARRANCO, M.C.: *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas n. 47, Dykinson, Madrid 2011.

BLÁZQUEZ, D. (ED.), *Los derechos de las personas mayores: perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*. Cuadernos Bartolomé de las Casas nº 40, Dykinson, Madrid 2007.

BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*. Trad. de P. Aragón, Paidós, Barcelona 1993.

CAMPOY, I.: *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid 2006.

CUENCA, P. (ED.).: *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid 2010.

DE ASÍS, R.: "*Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos",* en M. A. Ramiro y Puenca (ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid 2010.

DE ASÍS, R.: *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005.

FREEDMAN, JANE.: *Feminismo ¿Unidad o conflicto?* Trad. de J. López Ballester, Narcea, Madrid 2004.

FRIEDAN, B.: *La mística de la feminidad*, Júcar, Madrid 1974.

GILLIGAN, C., *La mujer y la política. Psicología del desarrollo femenino*. Fondo de Cultura Económica, México 1985.

IRIGARAY, L.: *Amo a ti: bosquejo de una felicidad en la historia*. Trad. de V. Goldstein, Icaria, Barcelona 1994.

NUSSBAUM, M.: *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, trad. de R. Bernet, Herder. Barcelona 2002.

- *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós, Barcelona 2006.

PALACIOS, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad.* CERMI, Madrid 2008.

PECES-BARBA, G. Y OTROS.: *Curso de derechos fundamentales*. BOE-Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

- *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2006.

PECES-BARBA, G., y FERNÁNDEZ, E, DE ASÍS, R.: *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, 3 volúmenes, Siglo XVIII*. Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 2001.

PECES-BARBA, G., y FERNÁNDEZ, E.: *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I, Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*. Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid 1998.

RIBOTTA, S.: *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2010.

ROMAÑACH, J. Y PALACIOS, A.: *El modelo de la diversidad*, Diversitas-AIES, Madrid 2006.

ROMAÑACH, J., *Bioética al otro lado del espejo*, Diversitas, Madrid 2009.

SEN, A.: "*¿Igualdad de qué?",* en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho*, trad. de G. Valverde Gefaell. Ariel, Barcelona 1988.

YOUNG, IRISH MARION.: *La justicia y la política de la diferencia*, Colección Feminismos, Universidad de Valencia, 2000.

Artículo 5.

La no discriminación de las personas con discapacidad en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

Ana Sastre Campo

Delegada del Comité Español de representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) para la Convención de la ONU
convencion@cermi.es

Antes de abordar el objeto de análisis de este humilde artículo quisiera reconocer la labor de Miguel Ángel Cabra de Luna y de todo su trabajo y dedicación, puesto al servicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad, que se ha convertido en referente indiscutible de quienes profesionalmente compartimos el mismo objetivo. Quisiera agradecerle el haber confiado en mí cuando me dio la oportunidad de trabajar con él ya hace más de 12 años y por haberse convertido en mi mentor durante todo este tiempo. De Miguel Ángel Cabra de Luna además obtuve mis nociones más básicas del trabajo, que indiscutiblemente me han ayudado a avanzar y dan solidez a las funciones que hoy en día desempeño. Me atrevería a decir que conocer a Miguel Ángel marcó en mi vida profesional un antes y un después, y por ello y por darme la oportunidad de desarrollar mi carrera profesional vinculada al mundo de los derechos humanos de las personas con discapacidad le estaré eternamente agradecida.

Índice

1. Introducción

2. El artículo 5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad

- 2.1. Igualdad ante la ley
- 2.2. La protección frente a la vulneración de terceros
- 2.3. La igualdad de hecho
  - 2.3.1. La igualdad de oportunidades
  - 2.3.2. Los ajustes razonables
  - 2.3.3. La igualdad de resultados y la acción positiva

3. El ámbito subjetivo del derecho de igualdad y no discriminación de la Convención

4. Conclusiones

1. Introducción

Las personas con discapacidad son todavía discriminadas, y esta realidad constatada internacionalmente, origino la protección internacional que ofrece la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada el 13 de diciembre de 2006, ha supuesto un avance importante en la lucha contra la discriminación. La Convención sitúa a la persona con discapacidad en el plano de los derechos humanos ante la comunidad internacional. En este contexto la discapacidad se perfila como el resultado de la exclusión de un grupo de personas que responden a la esencia de la diversidad humana.

Relativamente lejos de las concepciones que prescindían de las personas con discapacidad como seres de poco o ningún valor social, llegando en algunos momentos hasta el exterminio[52], las personas con discapacidad han sido y siguen siendo intensas sufridoras de un excesivo afán protector en el que se justifican limitaciones de derechos, en definitiva tratos discriminatorios, por haber sido considerados seres merecedores de un *plus* de protección[53]. La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad pretende romper con esa perversa tendencia proclamando ante todo la dignidad e igual valor de todas las personas con discapacidad, y condenando cualquier conducta que pretenda limitar u obstaculizar sus derechos por razón de discapacidad.

Este artículo no pretende más que ser descriptivo de lo que la Convención recoge y que debe trascender a todo el Ordenamiento Jurídico. En este sentido

[52] PALACIOS, A. *Modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Primera Edición. Madrid: CINCA, Colección *CERMI.es*, 2008. Págs 523. Sobre modelos de atención a las personas con discapacidad en relación al modelo de la prescindencia y al modelo eugenésico.

[53] Al igual que ha ocurrido con las mujeres como bien apunta el profesor REY MARTÍNEZ, F. *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,* en *Igualdad de Género: Una Visión Jurídica Plural.* Burgos. Universidad de Burgos, 2008. Págs.63 y ss.

haré uso de mi experiencia como Delegada del Derechos Humanos del CERMI para evidenciar situaciones de conflicto y hacer una reflexión crítica que quizá pueda contribuir a mejorar la aplicación de la norma.

2. El artículo 5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad

El cambio de paradigma de la Convención hacia un modelo social de derechos humanos hace que se ponga en contexto a la persona con su entorno para valorar la igualdad y que se incorpore la obligación de los Estados de intervenir cuando exista una desigualdad de hecho.

El artículo 5 del tratado hace referencia precisamente al derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad y delimita y pone en juego herramientas del derecho antidiscriminatorio internacional, marcado fundamentalmente por la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, como la búsqueda de la igualdad de oportunidades, los ajustes razonables o la acción positiva.

El enfoque de derechos humanos y la aproximación a la igualdad formal y material se refleja en este precepto que será objeto de análisis en los siguientes apartados.

2.1. Igualdad ante la ley o igualdad formal

Son muchas las valoraciones que del principio de *igualdad* se hacen para determinar su contenido como premisa para el desarrollo de políticas de lucha contra la discriminación

Como veremos a lo largo de este artículo la Convención acoge el derecho de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en su dimensión de igualdad formal y de igualdad material.

En particular el derecho de igualdad y no discriminación está recogido en el artículo 5 del Tratado que en su apartado primera dice:

Artículo 5: Igualdad y no discriminación. ***1.*** *Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.*

La ley debe ser igual para todos, lo que se denomina igualdad jurídica o formal, en su doble vertiente: no es posible aplicar las leyes de distinta manera a las personas con discapacidad y además será contraria a la Convención y por lo tanto queda prohibida, cualquier disposición normativa que quebrante este principio de igualdad estableciendo limitaciones o restricciones de derechos por razón de discapacidad[54].

Esta misma protección frente a la discriminación está asegurada por nuestra Constitución Española, que, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la ley de todos los españoles y dispone el sometimiento estricto de los poderes públicos y de las leyes al principio de igualdad consagrado en al Constitución (artículo 9.3).

Sin embargo, y como viene denunciando el CERMI, todavía existen discriminaciones formales de leyes que si bien quebrantan el principio de interdicción de la arbitrariedad por restringir los derechos de las personas con discapacidad de forma irracional y desproporcionada, están vigentes y son de aplicación por nuestros jueces y tribunales.

Este es el caso por ejemplo de la protección contra la integridad física respecto de determinadas personas con discapacidad, de la que quedan formalmente excluidas por disposición del Código Penal[55], respecto de los delitos de

[54] La interdicción de la arbitrariedad consagrada en el artículo 9.3 CE esta delimitada por los parámetros de la de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad. GIMÉNEZ Glück, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. Barcelona, BOSCH 2004.

[55] Código Penal artículo 156 «… no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del

lesiones sin consentimiento, en el caso de que se trate de una persona incapacitada judicialmente cuando por resolución judicial se autorice su esterilización.

Como reiteradamente viene denunciando el CERMI[56] el contenido de esta disposición quebranta el principio de igualdad ante la ley y discrimina expresamente por razón de discapacidad. El legislador trata de justificar la no arbitrariedad del precepto en la necesaria existencia de una resolución judicial que vele por el mayor interés del "incapaz". Sin embargo, y a la luz de la Convención y de nuestra propia Constitución, no podemos calificar esta medida como proporcional, racional ni razonable[57], criterios que delimitan la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos y por lo tanto habría un violación del derecho de no discriminación por razón de la discapacidad por no observar el principio de igualdad formal.

Nuestro ordenamiento jurídico está todavía salpicado de este tipo de disposiciones normativas que rompen con el principio de igualdad ante la ley y permiten excepciones desproporcionadas, justificadas en un exceso de protección malentendido que resulta en una restricción de derechos contraria a la CDPD. Otros ejemplos de esto son las limitaciones al derecho de sufragio de las personas incapacitadas judicialmente o la privación de libertad de las personas con trastornos mentales que recientemente ha sido cuestionado por nuestro Tribunal Constitucional, precisamente por adolecer de las garantías que para los derechos fundamentales se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico[58]. Esta regulación es ciertamente otra muestra de la falta de enfoque de

---

mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.»

[56] CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2008 y 2009.* Madrid, Ediciones Cinca, Colección Convención ONU nº 2 y 3.

[57] Por razones de espacio no entro en profundidad en este asunto pero entenderá quien lea este artículo que actualmente existen vías de evitar embarazos no deseados que no suponen una mutilación irreversible lo que sin entrar en mayor análisis denota una clara desproporcionalidad de la medida y por lo tanto se estaría quebrantando uno de los principio de delimitan la capacidad del legislados de quebrantar el art.9.3 CE.

[58] - La Sentencia del Tribunal Constitucional 131/2010, de 2 de diciembre de 2010 determinó la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, dado que tiene por objeto una materia incluida en el ámbito de la reserva de Ley Orgánica, concretamente, la

derechos humanos que ha caracterizado las políticas de atención a la discapacidad, y de como el principio de igualdad no ha sido el estricto inspirador del legislador que se ha permitido transgredir los derecho humanos de las personas con discapacidad al amparo de modelos filosóficos que no les conferían el mismo "valor social"[59].

2.2. La protección frente a la vulneración de terceros

La materialización del enfoque de derechos humanos requiere no solo que los Estados reconozcan y no limiten de forma arbitraria los derechos de las personas con discapacidad, sino que además los Estados creen un mecanismo de defensa y penalización de conductas discriminatorias.

---

medida de autorización judicial de internamiento de personas que padezcan "trastornos psíquicos" (sic), pues afecta a la garantía a la libertad personal del artículo 17.1 de la CE.
Declara el Tribunal, además, que al tratarse de una privación de libertad la decisión de internamiento, solo puede ser acordada judicialmente, como así se estipulaba en el artículo 211 del Código Civil. Pero, como esta materia afecta a un derecho fundamental tiene que ser regulado por ley orgánica de acuerdo con el artículo 81.1 de la CE; conclusión ya establecida por sentencia del mismo Tribunal, número 129/1999, que en su fundamento jurídico segundo declaró la exigencia de ley orgánica para la norma que permite el internamiento de personas que "padezcan trastornos psíquicos" (sic) (artículo. 211.I).
- La Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre de 2010 determinó la inconstitucionalidad de los incisos del artículo 763, de los párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que regula la decisión de internamiento no voluntario por razón de "trastorno psíquico" (sic), medida que afecta al derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17.1 CE y, por tanto, debe regularse por ley orgánica de acuerdo con el precepto 81 CE.
La materia del artículo 763 está incluida en una ley de carácter ordinario, sin embargo, como se estableció en el fundamento jurídico segundo de la STC 129/199, esta materia está reservada a ley orgánica porque la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 CE alcanza a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento. Además, añade el Tribunal, dentro de los casos y formas mencionados en el artículo 17.1 CE se ha de incluir la detención regular (…) de un enajenado, a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 104/1990, fundamento jurídico 2).
Por ende, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -porque debido a la materia que regula dicho precepto solo puede estar incluido en ley de carácter orgánica, y no, de carácter ordinario- en aquellas partes que afectan a la privación de libertad y, por tanto, al desarrollo fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE.

[59] Otor claro ejemplo de esta falta de enfoque de derechos humanos es el hecho de que las leyes de desarrollo del derecho de no discriminación de las personas con discapacidad, LISMI y LIONDAU, no tengan carácter orgánico aún desarrollando el principio de igualdad del artículo 14 de la CE, como apunta David Jiménez Glück en *El principio de Igualdad de Trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español,* en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo, Thomson, Aranzadi, Pamplona2009, pág223-243.

Artículo 5: Igualdad y no discriminación. ***2****. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.*

La protección contra la discriminación por razón de discapacidad, está recogida de forma genérica en el propio artículo 53.2 CE para la protección de derechos fundamentales, por la que se reconoce un procedimiento preferente y sumario y un recurso específico ante el TC – recurso de amparo-.

En palabras de P. Cuenca Gómez[60], el artículo 14 de la CE exige la no discriminación en lo referente a la titularidad, ejercicio, satisfacción y garantía de los derechos y, en concreto- y especialmente si se interpreta este precepto a la luz del texto de la Convención- prohíbe que los derechos puedan ser restringidos, limitados o insatisfechos por consideraciones basadas en la discapacidad. Esta exigencia se configura como un derecho a no ser discriminado por motivo o razón de discapacidad, y en ese sentido, continúa explicando la autora, si una persona con discapacidad viera restringido, limitado o insatisfecho el ejercicio y disfrute de cualquier derecho en igualdad de condiciones con los demás se estaría violando el derecho a la igualdad del art. 14. Esto justificaría que fuese cual fuese el derecho vulnerado, es decir estuviese o no incluido dentro de la Sección primera del Capítulo II, y siempre que se pudiera demostrar un trato discriminatorio aplicaría la protección reforzada del artículo 53.2.

Este verdadero giro hacia los derechos humanos, que en el ámbito teórico queda ampliamente justificado[61] y que responde al ya conocido cambio de paradigma de los derechos de las personas con discapacidad, lamentablemente en la práctica jurídica de defensa de los derechos no es todavía algo tan frecuente.

---

[60] CUENCA GÓMEZ, P. *El Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales.* en *Estudios sobre el Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español,* pp.55 - 63. Primera Edición. Madrid: Dykinson, 2010.

[61] Resulta de especial interés las reflexiones elaboradas por ASÍS ROIG, R. de y otros. *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho.* Madrid: Dykinson, 2007. Pág.109.

El cambio de paradigma no ha calado lo suficiente entre abogados y jueces que siguen la tendencia del anterior enfoque basado casi de forma exclusiva en los derechos sociales de las personas con discapacidad. Esto provoca en muchas ocasiones un desencuentro entre la víctima de discriminación y el abogado, cuando aquella reclama la protección de su derecho de no discriminación, sobre todo, respecto de aquellos derechos no incluidos dentro de la Sección primera del Capítulo II – *De los Derechos Fundamentales*- , como pueden ser el derecho a la familia y al hogar (art. 23 CDPD), el derecho al trabajo (art.27), el derecho a la salud (art. 25), el derecho de protección social (art.28), o el derecho al ocio, a la participación en la vida cultural y deportiva, el esparcimiento, etc. (art.30). En estos casos los abogados, y en muchas ocasiones los jueces, son todavía reticentes a enfocar los temas desde la perspectiva del derecho de no discriminación y por lo tanto, a solicitar aquellos y aplicar estos, la protección sumaria y preferente que requiere la vulneración del derecho de igualdad ante la ley[62].

La legislación española había desarrollado la protección de la igualdad de las personas con discapacidad en el 2003 a través de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, conocida como LIONDAU. Esta legislación es anterior a la Convención y supone un paso de nuclear importancia hacia la configuración del paradigma de derechos humanos que queda reforzado por la ratificación de la Convención por España el 3 de diciembre de 2007 y su posterior entrada en vigor el 3 de mayo de 2008.

[62] Sirva como ejemplo de esta circunstancia lo sucedido al CERMI- CNSE en al caso contra la compañía Air Nostrum en el que se acusaba de conducta discriminatoria a esta empresa cuando impidió volar a tres personas sordas solas, justificando esta actitud en la existencia de un Reglamento Interno que por razones de seguridad obligaba a que volaran acompañadas de otra persona sin discapacidad auditiva. Este procedimiento que fue planteado como un caso de discriminación por razón de discapacidad al amparo de la LIONDAU ante la jurisdicción civil, no fue apreciado así por la jueza de primera instancia que se declaró no competente por considerar que no se trataba de un tema de discriminación si no de un tema de incumplimiento de contrato de transporte de competencia mercantil. Finalmente, y por decisión de la Audiencia Provincial, tras plantearse un conflicto de competencia, se resolvió en el orden civil y, en segunda instancia, se calificó la conducta de discriminatoria.

La Ley 51/2003 establece, como complemento a la protección de los derechos fundamentales de la CE, medidas concretas a las que llama *Medidas de Defensa*, incluidas en la Sección II del Capítulo III de la Ley, en concreto:

- Un *sistema de arbitraje*[63] para la resolución de conflictos extrajudicialmente.
- La *inversión de la carga de la prueba*[64] a favor de la persona con discapacidad, que le permite trasladar al demandado la obligación de

---

[63] Real Decreto 1417/2006, *de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.*
Artículo 3. Constitución de las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad
universal.
1. Las juntas arbitrales de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal son los órganos colegiados de gestión y administración del sistema arbitral al que se refiere el presente real decreto.
2. Se constituirá una Junta Arbitral Central de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de ámbito estatal, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, que conocerá de las solicitudes de arbitraje presentadas por las personas con discapacidad o sus representantes legales y por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias de ámbito estatal, y que se refieran a:
a) Quejas y reclamaciones que afecten a un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma.
b) Quejas y reclamaciones que afecten a materias de competencia estatal de ejecución.
3. En cada comunidad autónoma y en las ciudades de Ceuta y Melilla, se constituirá una junta arbitral de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, cuyo ámbito de actuación territorial coincidirá con el correspondiente a aquéllas. Las juntas arbitrales se constituirán mediante los convenios de colaboración que se suscriban entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las respectivas comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla.
En los convenios de colaboración a que se refiere el párrafo anterior, se fijará el ámbito funcional y las demás
condiciones de funcionamiento de las juntas arbitrales.
Asimismo, se fijarán, previo informe favorable del Ministerio de Economía y Hacienda, los honorarios de los árbitros y las compensaciones económicas que procedan, en su caso, para los integrantes de las juntas arbitrales y de los colegios arbitrales a que se refiere el artículo 12, para lo que será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio.
4. Las juntas arbitrales de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, conocerán de las quejas y reclamaciones presentadas por las personas con discapacidad o sus representantes legales y por las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, domiciliadas en su ámbito territorial.
Asimismo resolverán aquellas quejas y reclamaciones en las que no dándose esta circunstancia, la celebración, ejecución o cumplimiento del contrato o la actuación que haya dado lugar a la queja o reclamación, se haya realizado en su ámbito territorial, siempre que no se oponga expresamente una de las partes.
5. La junta arbitral que se considere incompetente por razón de la materia o del territorio trasladará el asunto
a aquella a la que considere competente, dirimiéndose los conflictos derivados de estos traslados por la Junta Arbitral Central.
6. La Junta Arbitral Central será competente para establecer criterios técnicos de unificación en materia arbitral.

[64] Art. 20 Ley 51/2003, *Criterios Especiales sobre la prueba de hechos relevantes.*

demostrar la legitimidad de sus actos si la víctima presenta alegaciones que supongan indicios fundados de discriminación.

- La *legitimación* para ejercer acciones de defensa se amplia a las *organizaciones de personas con discapacidad,* que pueden actuar en representación de la víctima.
- Se prevé el *derecho a reclamar indemnización económica* por los daños causados, físicos o morales, y a la adopción de medidas que pongan fin a la discriminación y que eviten represalias[65].
- Un mecanismo de protección administrativa a través de un *sistema administrativo de infracciones y sanciones* (recogido en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) orientado a evitar la discriminación directa e indirecta por razón de discapacidad.

La reciente modificación de la Ley 51/2003, expresamente establece que (Art. 1.2 §2) " *Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad, En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad"*

En aquellos procesos jurisdiccionales en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de discapacidad, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la conducta y de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

[65] Artículo 18. Tutela judicial y protección contra las represalias.

1. La tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad comprenderá la adopción de todas las medidas que sean necesarias para poner fin a la violación del derecho y prevenir violaciones ulteriores, así como para restablecer al perjudicado en el ejercicio pleno de su derecho.

2. La indemnización o reparación a que pueda dar lugar la reclamación correspondiente no estará limitada por un tope máximo fijado a priori. La indemnización por daño moral procederá aun cuando no existan perjuicios de carácter económico y se valorará atendiendo a las circunstancias de la infracción y a la gravedad de la lesión.

3. Se adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger a las personas físicas o jurídicas contra cualquier trato adverso o consecuencia negativa que pueda producirse como reacción ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades.

Precisamente este precepto entra de lleno en la cuestión sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación contra la discriminación, en todos sus aspectos, asunto que requiere tratarse en un apartado específico que abordaré en el epígrafe 3.

2.3. La igualdad de hecho o igualdad material

El concepto de igualdad en nuestra CE está adjetivado en el artículo 9.2 como igualdad real y efectiva. Esto precisa incluir la dimensión de igualdad material o sustancial en el derecho antidiscriminatorio por razón de discapacidad.

Las personas con discapacidad están en una situación de partida desventajosa[66] lo que supone que, aunque que se corrijan todas las desigualdades formales y se respete plenamente el derecho de igualdad ante la ley, esto no será suficiente para alcanzar la igualdad real o sustantiva que se pretende.

La consecución de esta igualdad sustancial o material justifica determinadas intervenciones de los Estados, más allá de la igualdad formal, para adoptar medidas correctoras que permitan luchar contra la discriminación estructural que sufren las personas con discapacidad por pertenecer a un grupo históricamente oprimido[67] o subordinado[68].

2.3.1. La igualdad de oportunidades

El *artículo 3* de la Convención que recoge los principios generales que deben vincular a los Estados en el desarrollo de políticas de atención a las personas con discapacidad establece en su apartado *e) La igualdad de oportunidades.* Esto supone poner en juego instrumentos de lucha contra la discriminación

[66] Precisamente la constatación de esta realidad ha sido lo que ha hecho necesario la aprobación de un tratado internacional de derechos humanos específico.

[67] Recogido por prfra. BARRANCO AVILÉS, M.C .*Diversidad de Situaciones y Universalidad de los Derechos.* Madrid Dykinson 2011. pág.38 coincidiendo con Stephen Carter en CARTER, S.L. *Reflecctinos of an affirmaive action baby,* Harper Collins, Nueva York, 1991.

[68] BARRÈRE, M.A., *Problemas de Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 9, 2003.*

como las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables o el apoyo a la toma de decisiones, elementos que pasan a formar parte esencial del derecho de no discriminación.

La igualdad de oportunidades va orientada a crear las condiciones óptimas que permitan a las personas partir de la misma situación en el desarrollo de sus trayectorias vitales en todas sus dimensiones.

De acuerdo al concepto del modelo social de la discapacidad esta se concibe como la falta de participación en igualdad de condiciones que resulta de la interacción entre las *(Art.1) deficiencias*[69] que puede tener una persona y la existencia de barreras en el entorno.

Esta conceptualización parte de la premisa de un entorno hostil que no permite la igualdad de oportunidades. En este sentido es necesaria la intervención de los Estados, para que adopten medidas que eliminen los obstáculos y barreras que ocasionan la discriminación por razón de discapacidad.

El artículo 9 de la Convención habla precisamente de algunas de esas medias y dice que:"… *A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos."*

Las condiciones de accesibilidad son esenciales para lograr la igualdad de oportunidades y por eso integran el derecho de no discriminación, ya que su incumplimiento quebrantará el derecho de igualdad de las personas con

[69] Art. 1 CDPD habla de deficiencias *físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo.*

discapacidad porque se traducirá en barreras y obstáculos que las situará en una manifiesta situación de desventaja. Por esto el propio texto de la Convención expresamente lo recoge en su artículo 2 que determina que la "discriminación por razón de discapacidad" *incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*.

En este mismo sentido el artículo 4 de la LIONDAU dice que se entenderá como una vulneración del derecho de igualdad de oportunidades los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables.

2.3.2. Los ajustes razonables

Los ajustes razonables son adaptaciones que deben aplicarse en un caso particular para alcanzar la igualdad de oportunidades (art. 2 CDPD) cuando no sea posible satisfacer las necesidades específicas de una persona a través del *diseño para todos*[70].

El artículo 5 de la Convención los menciona expresamente como una herramienta necesaria para la igualdad de las personas con discapacidad:

Artículo 5: Igualdad y no discriminación. **3.** *A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.*

El derecho a exigir la realización de ajuste razonable forma parte del derecho de no discriminación de la persona con discapacidad (art. 2 CDPD). Se trata de una obligación condicionada por criterios de proporcionalidad y razonabilidad, para lo que se debe tener en cuenta:

- Que efectivamente exista un perjuicio para quien solicita los ajustes con efectos discriminatorios si no se adopta.

[70] El Diseño para Todos es una de las vías para alcanzar la Accesibilidad Universal, ambos conceptos

- La proporcionalidad del esfuerzo que ello supone para quien tiene que acometer los ajustes. Por ejemplo en el ámbito del trabajo se tomará en consideración la estructura del negocio; en este sentido las adaptaciones no deben suponer una carga excesiva para el normal funcionamiento del negocio y además entrará en juego un equilibrio de derechos ante la posibilidad de perjudicar otros derechos fundamentales por ejemplo de otros trabajadores.

Para tener en cuenta la proporcionalidad de la media se valora también el esfuerzo económico de quien tiene que llevarla a cabo y en todo caso la posibilidad de obtener ayudas públicas para tal fin.

2.3.3. La igualdad de resultados y la acción positiva

La profesora Mª del Carmen Barranco Avilés afirma que la igualdad de oportunidades fracasa frente a las situaciones de opresión y dominación, en las que la universalidad puede exigir la adopción de medidas orientadas a asegurar la igualdad de resultados[71].

Esta misma autora recuerda la importancia que para el derecho antidiscriminatorio tiene la *Convención Internacional contra todas las formas de discriminación contra la mujer*, que presupone que la igualdad de derechos trasciende la igualdad formal. En este sentido el artículo 4 del Tratado determina la validez de las medidas de acción positiva en la lucha contra la discriminación como medidas "encaminadas a acelerar la igualdad de *facto* entre el hombre y la mujer" es decir orientadas a la obtención de resultados de igualdad, estableciendo que deberán cesar cuando "se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato".

En este sentido el artículo 5 de la CDPD en su último apartado dice que:

[71] BARRANCO AVILÉS, M.C op. cit.págs. 37-39.

No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Como hemos apuntado anteriormente las personas con discapacidad han sufrido a lo largo de la historia diversas aproximaciones filosóficas que les han relegado a un estatus de *minusvalía* frente a otros miembros de la misma sociedad, y es precisamente esta falta de reconocimiento social como personas de igual dignidad y derechos, lo que origina la aprobación de la CDPD.

Esta discriminación estructural, institucional o difusa, en palabras de M. Barrère Unzueta[72], resulta inimputable a comportamientos o prácticas individualizadas y concretas, lo que supone una importante dificultad para abordarla desde el binomio discriminación directa/indirecta, que permite la identificación de las conductas discriminatorias imputables y su consiguiente persecución a través de los mecanismos derivados de la prohibición del quebrantamiento de la igualdad de trato.

Entra en juego la acción positiva como herramienta de corrección de la desigualdad social que relega a las personas con discapacidad a un plano de subordinación grupal.

La acción positiva interfiere en el principio de igualdad de trato y permite la adopción de medidas que favorezcan temporalmente a las personas con discapacidad frente a otras, con la finalidad de corregir las desigualdades estructurales que mencionaba.

Existe un prolijo debate, no exento de polémica, sobre la legitimidad de la acción positiva[73] que es tratado en profundidad por numerosos autores, entre ellos cabe destacar el trabajo realizado por David Giménez Gluck en la obra *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas*

[72] BARRÈRE, M.A., op. cit. Pág. 9 y 10.
[73] GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

moderadas y medidas de discriminación inversa. Todos ellos coinciden en que la igualdad de oportunidades se configura como límite para la acción positiva y que cualquier acción que en este sentido quebrante este principio será ilegítima.

Son ejemplos de acciones positivas legítimas: la cuota de reserva de empleo a favor de personas con discapacidad o las cláusulas sociales en el ámbito de la contratación pública.

3. El ámbito subjetivo del derecho de igualdad y no discriminación de la Convención

De acuerdo a criterios de organización y planificación adecuada de la Administración Pública, tradicionalmente el Estado ha mantenido un sistema de valoración que clasifica en grados la situación de discapacidad. El *grado* se identifica a través de un porcentaje y éste se utiliza como requisito para acceder a prestaciones y servicios o para beneficiarse de determinadas medidas previstas en el derecho antidiscriminatorio.

Como hemos visto anteriormente la CDPD define la discapacidad[74] como la limitación en el ejercicio de derechos, ocasionada por la interacción entre las deficiencias de una persona y la existencia de barreras u obstáculos en el entorno. Se trata de un concepto flexible y abierto que circunscribe el ámbito de aplicación subjetiva de la Convención a cualquier persona que se encuentre *de facto* en la situación que describe.

Por otra parte la Convención define la discriminación por motivos de discapacidad de forma amplia y no la restringe a la existencia veraz de una discapacidad, sino que condena cualquier conducta que interfiera negativamente en los derechos de una persona cuando la vulneración venga

[74] Art. 1 de la Convención " *Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás.…".*

motivada por la discapacidad, independientemente de que el sujeto afectado la tenga. Esto significa de partida, que la protección antidiscriminatoria que ofrece la Convención debe extenderse a las situaciones de discriminación por error y por asociación.

Si analizamos la legislación española, atendiendo tanto a la definición de discapacidad como al concepto de discriminación por motivo de discapacidad de la CDPD, encontramos algunos aspectos que necesitan ser adecuados para cumplir con el Tratado:

Concepto de personas con discapacidad

En primer lugar es necesario aludir a la reciente modificación[75] del concepto de persona con discapacidad incluida en el artículo 1.2 §1 de la LIONDAU, que acoge la definición de la Convención entendiendo que "son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás".

En el párrafo segundo de este mismo apartado del artículo, la Ley 51/2003 prevé que cualquier persona con discapacidad pueda acceder a las *medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta ley* –LIONDAU-, independientemente de que tenga reconocido el grado de discapacidad y este en posesión del certificado administrativo que lo acredite, y de que la discapacidad sea permanente o transitoria a corto o largo plazo.

Y continúa diciendo este artículo que *a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%...*

Por lo tanto se hace una diferencia entre el alcance subjetivo de las medidas de defensa, arbitraje y carácter judicial y el resto de medidas orientadas a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de resultados.

[75] Modificación aprobada en la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*

Esta tímida extensión de parte de las medidas antidiscriminatorias no satisface las aspiraciones de la Convención, y así lo recuerda el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas en la Primera Recomendación de las Observaciones Finales aprobadas para España[76].

El Comité insta al Estado parte a que vele por que todas las personas con discapacidad gocen de protección contra la discriminación y tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad (12).

De acuerdo a la Convención, y siguiendo la línea de desarrollo del derecho de igualdad y no discriminación contenido en los apartados 1 y 2 de este artículo, este se debería entender en toda su extensión, es decir en su dimensión de igualdad formal y material.

En concreto el Comité hace referencia a la necesidad de que las personas con discapacidad *tengan igualdad de oportunidades independientemente de su nivel de discapacidad*, y por ende del reconocimiento formal del mismo.

Sería por lo tanto lógico solicitar la extensión del ámbito subjetivo más allá de las medidas de defensa, e incluir todas aquellas que garanticen la *igualdad de oportunidades* de acuerdo a lo que establece el Comité[77].

El Comité requiere del Estado que todas las personas que estén en situación de desventaja por tener una deficiencia permanente física, mental, intelectual o sensorial tengan acceso a la protección contra la discriminación y a la igualdad de oportunidades.

---

[76] El Comité examinó el informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1) en sus sesiones 56ª y 57ª (véase CRPD/C/6/SR.3 y SR.4), celebradas el 20 de septiembre de 2011, y aprobó las siguientes observaciones finales en su 62ª sesión, celebrada el 23 de septiembre de 2011.

[77] La legislación española limita el acceso a medidas de apoyo y adaptación a la tenencia de un determinado grado de discapacidad lo que pondría una línea ficticia general que deja fuera a numerosas personas que estando de hecho en una situación de discapacidad no están protegidas por la legislación. Un ejemplo de esto es el Real Decreto 2271/2004 que en su artículo 8 sobre Adaptaciones y Ajustes razonables establece que "*En las pruebas selectivas, incluyendo los cursos de formación o períodos de prácticas, se establecerán para las personas con discapacidad con grado de minusvalía (sic) igual o superior al 33% que lo soliciten las adaptaciones y los ajustes razonables necesarios de tiempo y medios…"*

Por lo tanto, y sin perjuicio de que para una adecuada planificación y gestión de los recursos -siempre escasos- sea necesario restringir el acceso a determinadas medidas, se debería distinguir entre aquellas necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades y aquellas otras que de forma estricta no lo fueran.

En este sentido el derecho de accesibilidad como elemento esencial para la igualdad de partida entre personas con y sin discapacidad, debería poder ser reclamado por cualquier persona que se encontrará en una situación de desventaja, ocasionada por el incumplimiento de las obligaciones de accesibilidad, puesto que se estaría vulnerando el derecho de igualdad material que ampara la ley.

De esta forma, cuando por ley existiese una obligación de accesibilidad, daría lugar a un derecho subjetivo exigible por quien se viera perjudicado al amparo de la regulación contra la discriminación; y cuando la accesibilidad estuviera vinculada a la adopción de medidas de ajuste razonable, el derecho estaría limitado a las condiciones de proporcionalidad y razonabilidad y a la situación de desventaja que debería ser evidenciada por la víctima, independientemente de que tenga reconocida oficialmente la discapacidad o del grado que sea[78].

Esto mismo debería ocurrir con todas aquellas medidas que, contempladas en las leyes, supongan una equiparación del punto de partida entre personas con discapacidad y sin discapacidad, y por lo tanto formen parte esencial del derecho de no discriminación[79].

En definitiva todas aquellas medidas que el legislador establezca como vía para la igualdad de oportunidades deberían estar a disposición de las personas

[78] En este caso estar en posesión de un certificado que reconozca un grado de discapacidad sería muy útil porque ayudaría a probar la necesidad del ajuste, pero deberían admitirse otras formas de acreditación de la situación de desigualdad.

[79] Este también será el caso de los medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, la provisión de lenguaje sencillo – usando la terminología de la Convención- o lengua de signos, textos braille etc.

con una deficiencia sensorial, intelectual, física o psíquica a largo plazo que por esta razón vean vulnerado su derecho de igualdad de trato, independientemente del reconocimiento oficial de la discapacidad y de la obtención de ningún grado.

4. Conclusiones

- El cambio de paradigma de la Convención hacia un modelo social de derechos humanos hace que se ponga en contexto a la persona con su entorno para valorar la igualdad y que se incorpore la obligación de los Estados de intervenir cuando exista una desigualdad de hecho.

- Como viene denunciando el CERMI, todavía existen discriminaciones formales de leyes que si bien quebrantan el principio de interdicción de la arbitrariedad por restringir los derechos de las personas con discapacidad de forma irracional y desproporcionada, están vigentes y son de aplicación por nuestros jueces y tribunales. Ejemplos de esto son la despenalización de la esterilización sin consentimiento expresa de la persona con discapacidad o las restricciones al derecho de sufragio, entre otras.

- Es preciso incidir en la práctica jurídica para consolidar el cambio de paradigma hacia los derechos humanos, que permita desarrollar una tutela real y efectiva de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. En la práctica todavía existen algunas reticencias, probablemente resultantes de la inercia de modelos anteriores, que deben superarse y adecuarse al nuevo contexto.

- De acuerdo a la Convención y a la Observación Final del Comité para España, todas aquellas medidas que el legislador establezca como vía para la igualdad de oportunidades deberían estar a disposición de las personas con una deficiencia sensorial, intelectual, física o psíquica a largo plazo que por esta razón vean vulnerado su derecho de igualdad de trato, independientemente del reconocimiento oficial de la discapacidad y de la obtención de ningún grado.

Bibliografía

ASÍS ROIG, R. de y otros.: *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho.* Dykinson, Madrid, 2007.

BARRANCO AVILÉS, M.C .*Diversidad de Situaciones y Universalidad de los Derechos.* Dykinson, Madrid, 2011.

CARTER, S.L.: *Reflecctinos of an affirmaive action baby,* Harper Collins, Nueva York, 1991.

BARRÈRE, M.A.: *Problemas de Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades.* Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº 9, 2003.

CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe España 2008 y 2009.* Madrid, Ediciones Cinca, Colección Convención ONU nº 2 y 3.

CUENCA GÓMEZ, P.: *El Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los derechos constitucionales.* en *Estudios sobre el Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Ordenamiento Jurídico Español*. Primera Edición. Dykinson, Madrid, 2010.

GIMÉNEZ GLÜCK, D.: *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional*. BOSCH, Barcelona, 2004.

- *El principio de Igualdad de Trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español,* en PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2009.

- *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

PALACIOS, A.: *Modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Primera Edición. Madrid: CINCA, Colección *CERMI.es*, 2008. Págs. 523. Sobre modelos de atención a las personas con discapacidad en relación al modelo de la prescindencia y al modelo eugenésico.

PÉREZ BUENO, L.C. y DE LORENZO GARCÍA, R (Dirs.) *Tratado sobre Discapacidad,* Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2007.

EL MARCO JURÍDICO DE LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Encarnación Blanco Egido

Ex-Asesora Técnica sobre discapacidad. Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad
eblancoeg@yahoo.es

Índice

1. Introducción
2. Precedentes a los enfoques jurídicos de la no discriminación de las personas con discapacidad en los organismos internacionales

    A. Etapas iniciales

    B. Evolución de las actuaciones de los organismos internacionales

    C. Décadas de los años 70 -80-90

3. La Unión Europea y los enfoques jurídicos de la discapacidad
4. Directivas sobre igualdad de trato
5. Referencias a otros instrumentos jurídicos y sociales
6. Conclusiones

Bibliografía

1. Introducción

Acercarse a conocer el marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea es tratar de un asunto relativamente reciente, de hace unos 10 años aproximadamente, en relación con el marco político e instrumentos que esta organización ha ido adoptando, a lo largo de sus años de existencia, para mejorar la calidad de vida de estas personas. Es también hablar de un enfoque novedoso por parte de las instituciones, gobiernos, profesionales y la sociedad en general a la hora de adoptar decisiones y acciones que les afectan.

La no discriminación y el disfrute efectivo, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos por parte de las personas con discapacidad es hoy tema predominante en la forma de examinar la cuestión de la discapacidad. La aprobación y entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad ha contribuido de forma decisiva a este nuevo planteamiento.

Igualdad y no discriminación constituyen la base del principio general en la protección de los derechos humanos, que forman parte, por derecho propio y por lo tanto indivisible, de la legislación internacional sobre derechos humanos, vinculante para todos los Estados miembros de la Unión Europea. Esta legislación se basa en los principios de la democracia, el respeto de los derechos humanos y el estado de derecho.

Sin embargo, aún hoy en día, la discriminación contra las personas con discapacidad sigue siendo una realidad cotidiana en Europa. Sea esta discriminación visible (la segregación de educación, negación de empleo) o que adopte formas más sutiles (barreras físicas, psicológicas o sociales), la discriminación significa siempre la exclusión social.

En una valoración sobre lo reciente de los tratamientos no discriminatorios de las personas con discapacidad en la UE parece obligado conocer los motivos por los que no fue posible contar mucho antes con un marco jurídico que

protegiera la no discriminación de las personas con discapacidad y de otras personas en situación de vulnerabilidad en el ámbito de la UE.

En este sentido, conviene tener presente, aunque sea de forma muy resumida, algunas fechas y hechos destacados de la evolución de la Unión Europea, de manera que nos sitúen en el camino de la comprensión, respecto a la tarea que ha sido necesario realizar hasta llegar al momento actual:

En 1951 y 1957 tiene lugar la firma de los Tratados de París y de Roma, respectivamente, por parte de Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, constitutivos de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), de la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), que entran en vigor el 1 de enero de 1958.

El 8 de abril de 1965 se firma el Tratado de fusión de los ejecutivos de las tres Comunidades (CECA, CEE y Euratom) por el que se constituyen un Consejo y una Comisión únicos. Dicho Tratado entra en vigor el 1 de julio de 1967.

Del 1 de enero de 1973 a 1 de enero de 1986 tiene lugar la incorporación en las Comunidades Europeas de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido, Grecia, Portugal y España con lo que el número de miembros asciende a doce.

Entre los años 1987 a 1995, se producen la firma de los siguientes acuerdos:

- Firma en Luxemburgo y en La Haya del Acta Única Europea, que entra en vigor el 1 de julio de 1987.
- En 1991, el Consejo Europeo de Maastricht aprueba un Tratado de la Unión Europea que sienta las bases de una política exterior y de seguridad común, una cooperación más estrecha en los ámbitos de la justicia y los asuntos de interior y la creación de una unión económica y monetaria, incluida una moneda única. El 7 de febrero de 1992 se firma el Tratado en Maastricht, que entra en vigor el 1 de noviembre de 1993.
- El 2 de octubre de 1997 se produce la firma del Tratado de Ámsterdam, que entra en vigor el 1 de mayo de 1999.

Entre 1995 y 2007, se produce el ingreso de los siguientes países: Austria, Finlandia y Suecia (con lo que se alcanza la denominada Europa de los 15), y la adhesión a la UE de la República Checa, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia Bulgaria y Rumanía.

En resumen, entre 1951 y 1974, se produce una actividad fundamentalmente de organización e incorporaciones sucesivas, de Estados miembros a las Comunidades europeas, así como de elaboración y aprobación de los primeros Tratados.

Como objetivos se señalan prioritariamente los que tienen una finalidad de mejora de la economía en Europa, como la promoción del empleo, mejora de las condiciones de vida y de trabajo, protección social adecuada, diálogo entre los interlocutores sociales, desarrollo de los recursos humanos para conseguir un índice elevado de empleo duradero y combatir la exclusión. Pero lo cierto es que los únicos resultados concretos obtenidos entre 1958 y 1974 fueron la aplicación de la libre circulación de trabajadores y la seguridad social correspondiente, así como el establecimiento del Fondo Social Europeo.

En cuanto a las iniciativas de política social, en 1974 el Consejo adoptó el Primer Programa de Acción Social, en el que se subrayaba la necesidad de garantizar una estrecha cooperación entre los estados en el ámbito social. Este programa fue el inicio de una política social más activa. La principal aportación del programa sobre la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de grupos vulnerables fue la adopción por el Consejo, por una parte, de determinadas directivas en el ámbito de la igualdad de oportunidades y en el ámbito de la salud y seguridad en el trabajo y, por otra, de programas de acción en favor de las personas con discapacidad, los pobres y las personas de edad avanzada.

En conclusión, como consecuencia de la actividad y prioridad de sus objetivos marcadamente económicos, la Comunidad Europea apenas tomó decisiones de calado en relación con la situación de las personas con discapacidad, aproximadamente en los primeros 20 años de funcionamiento.

Otro aspecto de gran importancia para valorar la actividad de la Comunidad Europea en materia social, en este período, es que la política social fue marginal y residual, al considerarse un ámbito propio de los estados nacionales que, entre los años 1950-1970, van a extender y consolidar sus sistemas de protección social. Sin embargo, en los últimos diez años, la Comisión Europea trata de coordinar las políticas sociales nacionales con el fin de armonizarlas y alcanzar un consenso. Por tanto, hasta mitad de los 70, las políticas sociales en la Comunidad Europea eran la suma de las que desarrollaban sus Estados miembros, y como consecuencia las políticas sobre discapacidad eran las que aquellos realizaban, si bien influidas, en mayor o menos medida, por las iniciativas que se iban adoptando a nivel internacional.

2. Precedentes a los enfoques jurídicos de la no discriminación de las personas con discapacidad en los organismos internacionales

Es importante también, para el objeto de este capítulo, conocer la evolución de las acciones para las personas con discapacidad llevadas a cabo, en el mismo período, por parte de otros organismos internacionales, así como su influencia en instituciones y gobiernos nacionales, en el camino hacia una consideración jurídica de reconocimiento de sus derechos fundamentales y de no discriminación para estas personas.

El interés en conocer los enfoques y las propuestas internacionales de intervención en materia de discapacidad adoptadas en cada momento, en el ámbito internacional, estriba en que marcan orientaciones y tendencias de políticas de futuro que, dependiendo del peso de la organización de que se trate, van a influir en los modelos nacionales.

A. Etapas iniciales

La constitución y el inicio del funcionamiento de la casi totalidad de los organismos internacionales tienen lugar en los años inmediatamente posteriores a la II Guerra Mundial (1945-1950) que, entre otros problemas, se caracterizaron por el aumento significativo del número de personas con algún tipo de

discapacidad y por una sociedad afectada por las constantes violaciones de los derechos humanos.

La actividad de los organismos internacionales (OOII) en algunos campos, por ejemplo en el ámbito de lo social y concretamente en el de la discapacidad**,** ha sentado criterio para los países occidentales y sobre todo para aquellos que son miembros de dichos organismos, ya que su adhesión normalmente les obliga a seguir sus normas, decisiones, resoluciones, etc. Se trata fundamentalmente de Naciones Unidas (NUU), Unión Europea (UE) y Consejo de Europa. Así sucede en el caso de la UE porque constituye una comunidad de socios que han de hacer política conjunta, por un lado, y, por otro, porque los estados acuerdan estrategias con para alcanzar objetivos comunes. Además, estos organismos en su ámbito de actuación coinciden generalmente en principios generales al tratar los asuntos de la discapacidad.

Respecto a las Naciones Unidas, desde hace ya mucho tiempo (años 50-60) han abordado la situación de las personas con discapacidad. La preocupación por el bienestar y por los derechos de las personas con discapacidad está presente en los principios fundacionales de las Naciones Unidas, basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igualdad de todos los seres humanos. Tanto la **Carta de las Naciones Unidas** como la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos y los demás instrumentos internacionales relacionados con la defensa de los derechos humanos afirman que “las personas con discapacidad deben poder ejercer sus derechos civiles, políticos, sociales y culturales en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos”.

No obstante, el uso y el valor de los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas se sostienen sobre una reforma interna satisfactoria. Los instrumentos de derechos humanos no proporcionan orientación simplemente, sino que imponen a los Estados parte la obligación de reformas.

La contribución de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas al avance de la situación de las personas con discapacidad es notable. La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la

Cultura (UNESCO) ha trabajado fundamentalmente en los aspectos relacionados con la educación; la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el campo de la salud y de la prevención; el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el apoyo a programas dirigidos a los niños con discapacidad y la prestación de asistencia técnica, en colaboración con Rehabilitación Internacional (una organización no gubernamental); y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en la mejora del acceso de las personas con discapacidad al mercado laboral y en el incremento de los niveles de integración económica a través del desarrollo de la legislación laboral y de actividades de cooperación técnica.

En la región europea, el Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, se crea (1949) para defender los derechos humanos y la democracia parlamentaria y asegurar la preeminencia del Estado de derecho. Desde los años 60, en el seno de este organismo se iniciaron los trabajos para valorar la situación de las personas con discapacidad en relación con la igualdad de oportunidades y para aportar orientaciones a sus Estados miembros sobre cómo avanzar en ese objetivo. Estas primeras iniciativas cuajaron de forma notable a lo largo de los años con la adopción de numerosas resoluciones que abonaron el camino hacia la garantía del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Es importante señalar el valor de la labor realizada en las esferas del desarrollo social en los años previos a los enfoques de la discapacidad como cuestión de derechos humanos y no discriminación. La evolución en el desarrollo social a favor de las personas con discapacidad favoreció el acceso a la etapa del enfoque jurídico para el reconocimiento de sus derechos.

B. Evolución de las actuaciones de los organismos internacionales

Siguiendo un orden cronológico, en la década de los cincuenta las Naciones Unidas fueron el referente para la toma de decisiones en materia de discapacidad por los Estados parte y de otros organismos internacionales, ya que desarrollaron una labor activa en la promoción del bienestar y de los derechos de las personas con discapacidad a través de diversas actuaciones:

- Proporcionaron asistencia técnica a los gobiernos en materia de prevención de la discapacidad y de rehabilitación a través de misiones de asesoramiento, acciones de capacitación de personal técnico y puesta en marcha de centros de rehabilitación.
- Se desarrollaron seminarios y se constituyeron grupos de estudio que fueron un medio para el intercambio de información y de experiencias entre expertos de diversas nacionalidades.

Esta etapa se caracterizó por una toma en consideración de la discapacidad por parte de NNUU y sus principales agencias especializadas, si bien las acciones se centraron en la persona y sus deficiencias y, por tanto, en la mejora de los aspectos de su rehabilitación médica y profesional.

Como resultado de las iniciativas del movimiento de las personas con discapacidad, en los años sesenta se produjo una reorientación de las políticas de Naciones Unidas para la discapacidad, que empezaron a poner más énfasis en la participación de las personas con discapacidad en todos los órdenes de la vida social.

C. Las décadas de los años 70-80-90

En los años setenta, las iniciativas de Naciones Unidas en materia de discapacidad se dirigieron sobre todo a reforzar los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad y a la equiparación de oportunidades.

En 1971, la Asamblea General adoptó la *Declaración de los Derechos de las Personas con Retraso Mental*, que establece que las personas con retraso mental tienen los mismos derechos que los demás seres humanos y, además, derechos específicos relacionados con sus necesidades en los ámbitos médico, educativo y social. Se puso especial énfasis en la protección de las personas con discapacidad frente a cualquier forma de explotación y en el establecimiento de procedimientos jurídicos para garantizar la efectividad de esta protección.

En 1975, la Asamblea adoptó la *Declaración de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que proclama la igualdad de derechos civiles y políticos para las

personas con discapacidad. Esta declaración establece los principios de igualdad de trato y acceso a los servicios que ayudan al desarrollo de las capacidades de las personas con discapacidad y a su integración social.

Ambas declaraciones tienen el valor de expresar concretamente el reconocimiento por parte de NNUU de la igualdad de derechos para las personas con discapacidad que el resto de ciudadanos, sin embargo carecen de valor jurídico vinculante para los Estados parte de esta organización.

No obstante lo expuesto en el anterior párrafo, hay que destacar que fueron las Naciones Unidas las que, en los años 70, iniciaron la orientación de las políticas de discapacidad hacia el reconocimiento de sus derechos y, por tanto, hacia un enfoque de igualdad de trato y de no discriminación.

La Unión Europea inició una actividad significativa en materia social a partir de mediados de los 70. Como se ha señalado anteriormente, la política social, y en consecuencia la dirigida a las personas con discapacidad, era competencia de sus Estados miembros que a su vez buscaban, en mayor o menor medida, las orientaciones internacionales para adoptar sus políticas sobre discapacidad.

En concreto, el Primer Programa de Acción Social de la Comisión Europea se adoptó en 1974 y en él, aparte de otras medidas de mayor calado sobre igualdad de oportunidades, seguridad y salud de los trabajadores, se incluyen programas de acción en favor de las personas con discapacidad, los pobres y las personas de edad avanzada.

La década de los 80 fue un período de gran actividad para Naciones Unidas y de adopción de decisiones de gran transcendencia para la orientación de las políticas sobre discapacidad hacia el camino de la igualdad de oportunidades de estas personas.

Para la Unión Europea no fue hasta finales de la década cuando se adoptaron iniciativas importantes en el ámbito de la política social en relación con las personas con discapacidad. Este hecho hay que relacionarlo, por una parte, con el procedimiento aprobado para la toma de decisiones, es decir, la exigencia de unanimidad en el Consejo, y, por otra, con el desacuerdo entre

Estados miembros en que los asuntos sociales fueran un tema comunitario. Únicamente merece atención una resolución aprobada por el Consejo el 21 de diciembre de 1981, sobre *Integración social de los minusválidos* por la que se invita a los Estados miembros a promover e intensificar las acciones tendentes a dicho objetivo.

Los años ochenta marcaron el paso irreversible del modelo de «atención» al modelo de «derechos». La Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó a 1981 como el "Año Internacional de las Personas con Discapacidad", con el objetivo de poner en marcha un plan de acción internacional dirigido a la equiparación de las oportunidades, la rehabilitación y la prevención de las discapacidades.

El logro principal del Año Internacional de las Personas con Discapacidad fue la formulación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1982.

Una aportación importante de este programa (que no se ha visto reflejada apenas, con posterioridad, en decisiones importantes sobre las personas con discapacidad) es que dedica especial atención a las mujeres con discapacidad y reconoce que sus necesidades requieren una atención especial. En este programa se expone que las consecuencias de la discapacidad son especialmente graves para las mujeres, que sufren una doble discriminación en razón de la discapacidad y del género y tienen menos oportunidades de acceso a servicios esenciales como el cuidado de la salud, la educación y la rehabilitación profesional.

Con el objetivo de establecer un marco temporal en el cual los gobiernos y las organizaciones pudieran desarrollar las actividades recomendadas en el Programa de Acción Mundial, la Asamblea General proclamó el Decenio de las Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad, 1983-1992.

Ya en los años 90 se produce uno de los principales logros del Decenio: la adopción por la Asamblea General de las *Normas uniformes para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, el 20 de diciembre de 1993.

Aunque no obligan jurídicamente a los Estados, como lo hacen los convenios internacionales, las Normas sirven como instrumento para la formulación de políticas y como base para el desarrollo de acciones de cooperación técnica y económica. Además, incluyen un mecanismo de seguimiento y apoyo para su aplicación, que contempla el nombramiento de un "Relator Especial" que podrá establecer un diálogo directo entre los Estados Parte, las organizaciones no gubernamentales y otros organismos intergubernamentales.

Las *Normas uniformes* son 22 pautas de acción que resumen el mensaje del programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad e incorporan la perspectiva basada en los derechos humanos desarrollada a lo largo del Decenio. Las normas están organizadas en cuatro capítulos: requisitos para la igualdad de participación; áreas para la igualdad de participación; medidas de ejecución y mecanismo de supervisión.

Al no ser vinculantes para los Estados Parte, no contienen disposiciones que permitan supervisar el cumplimiento del respeto de los derechos de las personas con discapacidad por parte de los gobiernos.

Al finalizar el Decenio de las Personas con Discapacidad, la Asamblea General proclamó el día 3 de diciembre como el *Día Internacional de las Personas con Discapacidad*. Se eligió esta fecha porque es el aniversario de la adopción por la Asamblea General del Programa de Acción Mundial.

En el Área europea**,** la Comisión Europea y el movimiento europeo de personas con discapacidad, nucleado en torno al Foro Europeo de la Discapacidad, acordaron celebrar también el 3 de diciembre el Día Europeo. Este hecho es un dato revelador del seguimiento que, por parte de la Unión Europea y sus Estados miembros, se hacía en relación con las decisiones de NNUU y de otras organizaciones internacionales en el tratamiento de la discapacidad.

Como se desprende de lo expuesto con anterioridad, hasta finales de los años 80 la Unión Europea no adopta iniciativas importantes dirigidas a las personas con discapacidad. El referente principal para estas políticas, por parte de los estados pertenecientes al mundo occidental, han sido las decisiones adoptadas

por Naciones Unidas en esta materia, que culminan con la aprobación de las citadas Normas uniformes.

Las Normas uniformes de NNUU fueron el marco en el que se basaron las políticas sobre discapacidad de gran parte de los Estados miembros de la UE, las iniciativas de la propia UE y de otros organismos como el Consejo de Europa y la Organización Mundial de la Salud. Puede decirse que su adopción inauguró una nueva fase en la historia de la discapacidad. Las Normas sirvieron como instrumento para la formulación de políticas y como base para el desarrollo de acciones de cooperación técnica y económica.

Unos años antes, el Consejo Europeo aprobó la primera y única *Recomendación sobre el empleo de las personas con discapacidad* (julio de 1986), que constituye el referente específico más importante en la materia en la Europa comunitaria pero con un marcado carácter economicista. En ella se recomienda a los Estados miembros de la UE:

“La adopción de medidas que garanticen un trato equitativo de las personas con discapacidad en la formación profesional y el empleo, eliminación de todo tipo de discriminación en esta materia, puesta en marcha de acciones positivas que eliminen o compensen las desigualdades de partida de estas personas.”

La aprobación en 1988 del Programa de Acción Comunitaria HELIOS (1988-1992), fruto de la *Recomendación de 11 de mayo de 1981 del Parlamento al Consejo sobre integración económica, social y profesional de las personas con discapacidad*, permitió el encuentro y puesta en común de actuaciones y políticas que estaban en marcha en los diferentes países, a través del estudio e intercambio de experiencias en red. Por otro lado, el programa facilitó la financiación de proyectos consorciados entre los Estados miembros de la Unión Europea, como medida para favorecer el proceso de integración y la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Un nuevo Helios II se aprobó para el período 1993-1996 (etapa coincidente con la aprobación de las Normas uniformes de NNUU), que tuvo como resultado más destacado el activo papel de las organizaciones no gubernamentales y la inclusión de temas novedosos como la accesibilidad, el transporte y las soluciones tecnológicas para la comunicación

y la autonomía, cuestiones que adquirirían un gran protagonismo en los siguientes años, al acercarnos al nuevo concepto de la discapacidad.

En este período, teniendo en cuenta la aprobación por NNUU del Programa de Acción y la Década de las personas con discapacidad, el Consejo de Europa, a través del Comité para la Rehabilitación y Recuperación de las Personas con Discapacidad (CD-P-RR), llevó a cabo la preparación de un documento de política global que serviría de guía a sus Estados miembros, durante ocho años, en el diseño de estrategias y políticas sobre discapacidad. El documento culminó en la *Resolución AP(84) 3 Política coherente en materia de rehabilitación de las personas discapacitadas*, revisada en 1992, como consecuencia de la 1ª Conferencia de Ministros responsables de las políticas de Discapacidad en los Estados miembros del Consejo de Europa (París, 1991).

La Década conduce a los últimos años del siglo y activa las políticas sociales en materia de discapacidad. Las transformaciones económicas, sociales y tecnológicas que se gestan desde principios de los 90 influyeron en el cambio de paradigma de la discapacidad, promovido por las organizaciones internacionales, y reforzaron las iniciativas promovidas por las NNUU en la misma dirección.

3. La unión europea y los enfoques jurídicos de la discapacidad

En el ámbito de la UE y sus Estados miembros, en los últimos años de los 90, se produce una decisión de interés en relación con las políticas sobre discapacidad: la aprobación de la *Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 20 de diciembre de 1996, sobre la Igualdad de oportunidades para las personas con minusvalía*. Se puede considerar esta Resolución como el inicio de nuevos enfoques por la UE en la dirección de un modelo basado en los derechos.

La resolución tiene su origen en la *Comunicación de la Comisión al Consejo sobre Igualdad de Oportunidades de las personas con minusvalía*, de 30 de julio de 1996. También en base a esta comunicación se constituyó un Grupo de alto nivel en materia de discapacidad compuesto por los representantes de los

Estados miembros a fin seguir los progresos políticos alcanzados en los Estados miembros y para reunir información y experiencia. Asimismo, se acoge favorablemente la creación del nuevo Foro Europeo de Personas con Discapacidad. Ambos instrumentos han desarrollado un trabajo de gran valor en favor del reconocimiento de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y de garantías para el ejercicio de sus derechos.

En la citada resolución, el Consejo reafirma su compromiso de hacer realidad el principio de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y de evitar o suprimir cualquier forma de discriminación negativa por motivo de discapacidad. Este acto normativo representa el inicio de las normas específicas que seguirán sobre esta materia. En la resolución**,** el Consejo invita a los Estados miembros a que garanticen que sus políticas toman en consideración la necesidad de eliminar todos los obstáculos a la plena participación en la vida social de las personas con discapacidad y de sensibilizar a la opinión pública sobre el potencial de las personas con discapacidad. También se invita a los Estados miembros a "fomentar la participación de personas con minusvalías" en la aplicación y seguimiento de las políticas y acciones pertinentes.

Asimismo, el Consejo invita a la Comisión a incorporar la dimensión de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en todas las propuestas que lo permitan y a fomentar el intercambio de información y de experiencias, especialmente en lo referente a políticas innovadoras y a las buenas prácticas. Se invita además a la Comisión a presentar informes periódicos donde se dé cuenta, a partir de la información suministrada por los Estados miembros, de los progresos y de los obstáculos encontrados en la aplicación de la resolución.

Fue también a finales de los años 90 cuando se adoptó el Tratado de Ámsterdam, firmado en octubre de 1997 y en vigor desde el 1 de mayo de 1999.

A este respecto, interesa recordar que, al no contener los Tratados fundacionales de la Comunidad Europea disposiciones concretas relativas a los derechos fundamentales, se debe reconocer al Tribunal de Justicia europeo el

mérito de haber elaborado gradualmente un sistema eficaz de garantía de los derechos fundamentales en la Unión Europea.

El enfoque sectorial de los objetivos de los tratados descartó cualquier ley fundamental de tipo constitucional que incluyese una declaración solemne de derechos fundamentales. Resulta evidente que los tres tratados fundacionales no se prestaban a la inclusión de un preámbulo de este tipo; además, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, aprobado en 1950 (modificado y en vigor desde 1 de junio de 2010), estaba llamado a ofrecer un modelo perfeccionado de garantía efectiva de los derechos humanos en Europa[80].

Esta concepción evolucionó rápidamente a medida que el Tribunal de Justicia establecía un control del respeto de los derechos fundamentales en su jurisprudencia. La preocupación del Tribunal ha sido garantizar este respeto por parte de las instituciones comunitarias y los Estados miembros, cuando actúan con arreglo al derecho comunitario. El Tribunal ha estimado que los derechos fundamentales quedan incluidos en los principios generales, que se basan en dos fuentes: las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los tratados internacionales a los que estos se han adherido (en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

En 1977, el Parlamento Europeo, la Comisión y el Consejo formularon una declaración común, afirmando su voluntad de continuar respetando los derechos fundamentales emanados de la doble fuente señalada por el Tribunal. Se dio un nuevo paso adelante en 1986, en el preámbulo del Acta Única Europea, que menciona el fomento de la democracia basada en estos derechos fundamentales.

A medida que la construcción europea ha ido avanzando, los ámbitos de competencia de la Unión Europea se han ido ampliando, reflejando la voluntad de los Estados miembros de desarrollar acciones en común en terrenos hasta ahora estrictamente nacionales (por ejemplo, la seguridad interior o la lucha

[80] http://conventions.coe.int/

contra el racismo y la xenofobia). Ante esta evolución, que supera necesariamente el contexto sectorial de los primeros pasos de la construcción europea y que influye en la vida cotidiana de los ciudadanos europeos, se pone de manifiesto la necesidad de textos jurídicos que proclamen inequívocamente el respeto de los derechos fundamentales como principio básico de la Unión Europea. El Tratado de Ámsterdam responde a esta necesidad.

La Conferencia Intergubernamental, designada para elaborar el Tratado de Ámsterdam, asumió como una prioridad el reconocimiento formal y expreso de los derechos fundamentales, dándoles una importancia preponderante y confirmando formalmente el respeto de los derechos humanos.

El Tratado de Ámsterdam modificó el texto y la numeración de los Tratados UE y CE, estableciendo la versión consolidada de ambos. Las provisiones del nuevo tratado incluyen, entre otras, las siguientes:

- Art. 6 (anterior art. F) del Tratado de la UE es modificado para reafirmar el principio de respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales: "1. La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros."
- Se establece un procedimiento para tratar los casos en los que un EM cometa una infracción de los principios en los que se basa la Unión;
- Se debe adoptar una acción más efectiva para combatir, no sólo la discriminación basada en la nacionalidad, sino también basada en el sexo, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual;
- Se introducen nuevas disposiciones sobre igualdad de trato para hombres y mujeres en el Tratado de fundación de la Comunidad Europea.

Específicamente, el texto del Tratado recoge un artículo 6A, de los anteriores Tratados, que se convierte en la nueva numeración como artículo 13, conforme a los cuadros de equivalencias establecidos en el anexo del mismo tratado, y que

complementa el artículo 12 del mismo, que ya hace referencia a la discriminación por motivos de nacionalidad.

El nuevo artículo 13 del Tratado dice textualmente:

“Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo**,** el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”

Es de interés destacar que la Conferencia intergubernamental que preparó el Tratado de Ámsterdam reforzó la garantía establecida en el artículo 13, mediante la declaración nº 22 integrada en el Acta final. Con esta declaración, se insta a las instituciones comunitarias a tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad, al elaborar medidas con arreglo al artículo 95, anterior artículo 100 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

En resumen, el Tratado de Ámsterdam recoge la obligación de los Estados miembros de respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales, la obligación de establecer medidas para combatir la discriminación, entre otros a las personas con discapacidad, y a tener en cuenta sus necesidades.

Con el Tratado de Ámsterdam se dio un paso significativo para reforzar el compromiso de la Unión Europea en la protección y defensa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, disponiendo así del marco jurídico que precisaba la UE en este campo. Por primera vez, se autoriza a la Comunidad a combatir la discriminación más allá del mercado laboral, como había sido hasta el momento, y a adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o creencias, discapacidad, edad y orientación sexual.

Por otra parte, la legislación europea sobre la igualdad de oportunidades y la prohibición de discriminación adquirió, a partir del año 2000, un nivel de protagonismo importante en la UE, focalizando varias de las iniciativas

legislativas de estos años. Precisamente, en este nuevo panorama, surge en España la iniciativa de una nueva legislación basada en los citados principios, que finaliza con la aprobación de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

A su vez, la decisión de establecer 2007 como el Año Europeo de la Igualdad de oportunidades, actuó como motor para el desarrollo de un enfoque hacia la igualdad y la no discriminación más coherente y basado en los derechos

4. Directivas sobre igualdad de trato y no discriminación

La Unión Europea ha adoptado y puesto en práctica instrumentos para su política de discapacidad desde mediados de los 70, pero sólo adquiere la capacidad de afrontar jurídicamente la discriminación por discapacidad, entre otros motivos, en 1999 con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam.

Con anterioridad al citado tratado, la Unión Europea había adoptado un conjunto de normas para luchar por la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral: remuneración, condiciones de trabajo seguridad social y la actividad laboral autónoma.

El primer precedente jurídico en esta materia fue la *Directiva **76/207/CEE** del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo*.

Entró en vigor el 9 de febrero de 1976 y la fecha para cerrar la transposición fue el 12 de agosto de 1978. La Directiva **2006/54/CE,** de 15 de agosto 2008, derogó la anterior y el plazo para su transposición por los Estados miembros finalizó el 15 de agosto de 2008.

Esta directiva forma parte del conjunto de las que se aprobaron por la entonces Comunidad Europea en materia de empleo, dada la competencia comunitaria y la prioridad de estos asuntos en esas fechas. Aunque los motivos de su

aprobación estuvieron ligados a los intereses del mercado de trabajo, sin embargo el enfoque de la igualdad de trato entre sexos fue un precedente importante para el posterior desarrollo de las legislaciones de igualdad de oportunidades/ no discriminación, en general, dentro de la UE.

El principio de la igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razones de sexo**,** ya sea directa o indirecta. La directiva no será un obstáculo para las disposiciones relativas a la protección de la mujer (embarazo, maternidad) ni para las medidas que pretendan corregir las desigualdades que afecten a las oportunidades de las mujeres en todos los ámbitos abarcados por la directiva.

La aplicación del principio de igualdad de trato implica la ausencia de toda discriminación basada en el sexo en lo que se refiere a las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección para los empleos y puestos de trabajo y en relación con todos los niveles de la jerarquía profesional. La aplicación del principio en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, incluidas las condiciones de despido, implica que se garanticen las mismas condiciones a hombres y mujeres.

Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se supriman las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato que establece la directiva.

A partir de la aprobación del Tratado de Ámsterdam y, conforme a lo establecido en el nuevo artículo 13, se habilita a la UE para legislar en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación en todos los ámbitos.

Como consecuencia, se aprobaron las directivas siguientes:

- La primera de ellas es la *Directiva del Consejo **2000/43/CE**, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico*.

La directiva entró en vigor el 19 de julio de 2000 y el plazo para su transposición finalizó el 19 de julio de 2003. Prohíbe toda discriminación

(directa o indirecta) por raza u origen étnico, lo que puede traducirse en un peor trato a la persona afectada o cualquier otra disposición, criterio o práctica, neutros a primera vista, que puedan tener consecuencias desfavorables para una persona o un grupo de personas determinado. El acoso, que crea un clima hostil, se considera también una discriminación.

La primera vez que la discriminación por motivo de discapacidad se introduce en un texto de estas características es la *Directiva **2000/78/CE** del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*.

Esta directiva, que prohíbe la discriminación en el empleo derivada de, inter alia, la discapacidad, ha tenido un impacto significativo en el nivel de protección ofrecido a las víctimas de discriminación por discapacidad en los Estados miembros. Se aprobó el 2 de diciembre de 2002 y el plazo para su transposición por los Estados miembros fue el 12 de diciembre de 2003.

La directiva establece un marco general para garantizar el respeto del principio de igualdad de trato de las personas de la Unión Europea, independientemente de su origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, en el acceso al empleo y a la ocupación, la promoción y la formación profesional, las condiciones de empleo y de ocupación y la pertenencia a determinadas organizaciones

El empleo y la ocupación son dos elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y, en gran medida, contribuyen a la plena participación de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural y consiguientemente a su no discriminación. Sin embargo, se observaban numerosos casos de discriminación en los mercados de trabajo, lo que motivó abordar una directiva como la examinada anteriormente.

Por otro lado, los Estados miembros ya prohibían la discriminación en el mercado de trabajo, pero sus legislaciones al respecto eran dispares en cuanto al alcance, el contenido y la fuerza de ejecución. Por ello, esta directiva pretende establecer un marco general mínimo, al obligar a todos los Estados

miembros a introducir modificaciones importantes en sus legislaciones nacionales, incluso si ya disponen de una legislación antidiscriminatoria.

No obstante, aunque hoy la directiva sigue siendo el instrumento jurídico más importante en materia de discapacidad de la UE, su transposición y puesta en práctica no ha sido totalmente neta en todos los EEMM. Además una revisión de la legislación nacional revela que muchas de las provisiones relevantes, incluyendo la definición de quién está protegido, quién tiene el derecho de reclamar un ajuste razonable y el mismo concepto de ajuste razonable, han sido traspuestas y aplicadas en modos diferentes.

Completando el desarrollo legislativo de actualidad de la UE contra la discriminación, es obligado referirse aquí a:

- la *Propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*.

El Tratado de Ámsterdam habilitó a la Comunidad a actuar para luchar contra la discriminación basada en una serie de nuevos motivos, como la raza o el origen étnico, la religión o las convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual.

El desarrollo legislativo del artículo 13 del Tratado de Ámsterdam ofrece hasta el momento una protección muy desigual. Mientras que la igualdad sin distinción de raza u origen étnico está amparada en el suministro y acceso a los bienes y servicios, a la vivienda, la educación, el trasporte, la salud, la seguridad social y la asistencia social, la defensa frente a la discriminación por motivos de discapacidad solo se contempla en el ámbito del trabajo, a través de la Directiva 2000/78/CE.

Para reforzar la igualdad de oportunidades, la UE puso en marcha la *Agenda Social Renovada* (2008). que contempla como una de sus prioridades el refuerzo del principio de no discriminación, entre otras medidas, mediante una propuesta

del Consejo de la Unión Europea para la nueva directiva de igualdad de trato entre las personas fuera de la esfera del empleo,.

El objetivo de la nueva directiva es por tanto completar el marco legal existente sobre discriminación con un planteamiento horizontal, estipulando para ello disposiciones comunes para todas las condiciones por las que una persona pueda sufrir un trato desigual y ampliando el ámbito de aplicación real. Todo ello, dentro del reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros y el principio de subsidiaridad, de modo que una acción comunicaría ofrezca una seguridad jurídica mínima a todos los ciudadanos de la Unión, incluidos aquellos que se desplazan entre los Estados miembros.

El texto definitivo de la directiva es aún objeto de negociación entre los Estados miembros en el seno del Consejo. La Unión Europea ha publicado un borrador en su página web sobre legislación de no discriminación[81].

Desde la perspectiva de la discapacidad, la primera cuestión general que se constata en la directiva es la apreciación de que para hacer real la igualdad de trato para las personas con discapacidad es necesario adoptar medidas específicas, que no se aplican al resto de condiciones de la persona, como la religión o la orientación sexual, y que son tratadas de forma independiente en un artículo de la directiva.

En segundo lugar, el texto reconoce la importancia de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad como marco para abordar la protección de las personas con discapacidad frente a la discriminación. Es por tanto fuente fundamental para algunos de los conceptos utilizados en la directiva.

Para conocer el planteamiento de esta importante directiva en relación con la discapacidad se analizan a continuación algunos de sus principios generales.

Concepto de discriminación

[81] http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/em0008_es.htm

El principio de igualdad de trato se define siguiendo el modelo de las otras directivas que desarrollan el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y las decisiones de la jurisprudencia relacionada.

Se consideran cinco tipos de discriminación que, en relación con la discapacidad, se definen del siguiente modo:

- Discriminación directa: se produce cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en una situación comparable, tomando como base la discapacidad.
- Discriminación indirecta: ocurre cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una discapacidad determinada, respecto de otras personas, “salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.”
- Acoso: será considerado acoso un comportamiento indeseable, en relación con la discapacidad, que atente contra la dignidad de la persona o sea intimidatoria, humillante u ofensiva.
- La denegación de ajustes razonables: es considerada una discriminación particular relacionada con la discapacidad y como tal se desarrolla en un artículo específico. Consiste en la negativa a adoptar medidas para que la persona reciba igual trato que el resto de las personas en los ámbitos dispuestos por la ley.
- Una orden de discriminar a personas por motivos de discapacidad también se considerará discriminación.

En relación con el concepto de discriminación, determinadas situaciones que podrían ser consideradas como tal han suscitado mayor debate, tanto entre los Estados miembros, como entre la sociedad civil y en la bibliografía especializada. Entre estas situaciones se encuentra el trato diferenciado, con frecuencia desfavorable, hacia las personas con discapacidad y las personas mayores en la prestación de servicios financieros o de seguros. En el borrador actual de la directiva, se determina que los Estados miembros podrán decidir

autorizar estas diferencias de trato siempre que existan “datos actuariales y estadísticos pertinentes y exactos” para determinar el riesgo asociado a la edad o la discapacidad. Otra de las situaciones debatidas, aunque no se ha incluido en la versión actual, es aquella en la que una persona sufre discriminación por motivo de sus lazos familiares, de amistad o de otro tipo con una persona con discapacidad.

El concepto de discriminación utilizado en esta directiva es coherente con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que define la discriminación en su artículo 2, incluyendo como tal la denegación de ajustes razonables. Por otro lado, la directiva de la UE debería tener en cuenta en particular el artículo 5 de la Convención: “Igualdad y no discriminación”.

Definición de persona con discapacidad

Al igual que ocurre en la directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la nueva directiva no ofrece una definición de discapacidad o una orientación sobre los criterios para identificar si una persona se encuentra en dicha condición. En la literatura especializada (*Handicap et droit europèenne*, 2010: 15-16), se suele aportar la jurisprudencia sentada en el caso Chacón Navas, el primero relacionado con la directiva de igualdad de trato en el empleo. En esa ocasión, el tribunal definió discapacidad como una limitación, de larga duración, resultado principalmente de una afectación física, mental o psíquica y que obstaculiza la participación de la persona en la vida profesional. La principal crítica que se suele aducir contra esta definición es que está fundada en una concepción médica de la discapacidad, hoy rechazada por las principales instituciones europeas e internacionales, y no en un modelo social.

Aportar una definición de la discapacidad no es tarea fácil, en particular cuando se ha de acordar en un contexto internacional. Un buen ejemplo es el intenso debate suscitado durante las negociaciones para la elaboración de la Convención de Naciones Unidas. Por otro lado, quizá acotar una definición limite demasiado un concepto que se caracteriza por su diversidad, dejando sin protección a un número considerable de personas. Por ello, es posible que lo

más importante sea establecer de forma clara unas medidas para asegurar la igualdad de trato de las personas con discapacidad que sean consistentes con el modelo social, es decir, que pongan el acento en la necesidad de actuar en el entorno para hacerlo accesible para la persona.

Ámbito de aplicación

Esta directiva se aplica a los siguientes ámbitos, del sector público y privado:

a. la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria;
b. los beneficios sociales;
c. la educación;
d. el acceso y el suministro de bienes y otros servicios a disposición de la población, incluida la vivienda. En el caso de particulares, solo se aplicará en el supuesto de actividades profesionales o comerciales; es decir, no es preceptiva en las transacciones entre particulares.

Este mayor alcance en la aplicación respecto a la directiva de empleo ofrece más garantías frente a la discriminación para las personas con discapacidad y es reflejo de un avance en la búsqueda de la participación de estas en todos los ámbitos de la sociedad. Por otro lado, esta directiva es más consistente con el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y se equipara con el ámbito de aplicación estipulado en la directiva de igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico.

Igualdad de trato para las personas con discapacidad

El artículo 4 de la propuesta de directiva está dedicado específicamente a las medidas que garantizan la igualdad de trato para las personas con discapacidad. El requisito imprescindible es que no existan obstáculos físicos, de comunicación y de ningún otro tipo que impidan a las personas con discapacidad en acceder a los ámbitos estipulados. La versión actual de la directiva establece dos tipos de acciones para cumplir con este requisito, aunque posiblemente se necesite trabajar aún más en la redacción del texto. Se trata de las medidas anticipatorias y los ajustes razonables.

Las medidas anticipatorias son aquellas que se deben adoptar para permitir a las personas con discapacidad, en general, acceder a un bien o servicio en la misma medida en que lo hace el resto de la sociedad. Consisten en supervisar y controlar la existencia de obstáculos y actuar en consecuencia de manera anticipada; pero también en evitar la creación de nuevos obstáculos cuando se diseñe, construya o planifique un nuevo bien o servicio. Aunque no se menciona expresamente en el borrador de la directiva, la principal forma de este tipo de medidas es la accesibilidad universal, cuyas líneas directrices forman parte de las políticas y la legislación de todos los países miembros de la Unión Europea y son objeto de análisis en los organismos de normalización, tanto nacionales como europeos. Además, la accesibilidad es una estrategia fundamental para el cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas y por ello se desarrolla con detalle en su artículo 9 y es recordada expresamente en la mayoría de sus disposiciones.

Por su parte, los ajustes razonables son adaptaciones o cambios determinados que requiere una persona concreta para tener garantizado el acceso a alguno de los bienes y servicios definidos en la ley. Se trata por tanto de un ajuste personalizado y particularizado para un individuo con discapacidad en un caso concreto. Este concepto de ajuste razonable es también utilizado en la directiva sobre igualdad de trato en el empleo y está contemplado en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La obligación de adoptar medidas anticipatorias o ajustes razonables queda limitada en la directiva en el caso de que estas medidas impongan una carga desproporcionada. Para valorar esta posibilidad, se han de tener en cuenta una serie de criterios que, en el texto actual, son los siguientes:

- el tamaño y los recursos de la entidad que deba realizar el ajuste o la medida anticipatoria,
- su naturaleza,
- los gastos estimados,
- el ciclo de vida de los bienes y servicios,
- y los posibles beneficios que un mejor acceso reportaría a las personas con discapacidad.

La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada mediante medidas de apoyo existentes en la política del Estado miembro.

En el proceso de negociación de la directiva se han aportado opiniones muy distintas respecto a esta lista de criterios, en especial teniendo en cuenta su aplicación a tan diversos ámbitos. En este sentido, también debería valorarse con mayor detenimiento en qué medida estos criterios pueden ser aplicables de igual forma a las medidas anticipatorias y a los ajustes razonables.

En las negociaciones para consensuar el texto, los Estados miembros se están centrando actualmente en algunos aspectos concretos que, como se ha señalado en las páginas precedentes, requieren mayor grado de definición y acuerdo. Del inicial debate de los borradores de la directiva, en sucesivas reuniones de los representantes de los Estados miembros, se ha pasado en las últimas presidencias a remitir unos test a los EE.MM. con preguntas para trabajar sobre el texto. Prioritariamente se están centrando en el acceso a los bienes y servicios, especialmente financieros en los casos de las personas con discapacidad y mayores, y también en el artículo sobre discapacidad.

Por otro lado, durante el proceso de preparación del borrador, la Comisión Europea ha consultado a los agentes que pudieran estar de algún modo implicados en las disposiciones de la directiva. En concreto, remitió una encuesta al sector empresarial y una consulta a los interlocutores sociales y las ONG europeas. Ambas partes han transmitido sus opiniones acerca de la directiva y también las preocupaciones que despierta su implantación. El sector empresarial se muestra contraria a una nueva legislación que pueda suponer una carga administrativa y económica. Por su parte, los representantes de las personas con discapacidad se muestran satisfechos con la posibilidad de disponer de mayores garantías jurídicas frente a la discriminación, aunque algunos sectores apuestan por una directiva específica para la discapacidad. Muy útiles son las reflexiones del Foro Europeo de Discapacidad, en su informe: *EDF observations on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation,* publicado en 2008.

En diciembre de 2009, el Parlamento Europeo adoptó la propuesta de directiva con algunas enmiendas. Del debate futuro dependerá que las personas con discapacidad cuenten con un instrumento jurídico válido para asegurar la igualdad de trato en todos los ámbitos de la sociedad.

5. Referencias a otros instrumentos jurídicos y sociales

Finalmente, resulta obligado dejar constancia del hecho de que, tras la ratificación oficial, la Unión Europea por primera vez es parte en un tratado internacional sobre derechos humanos: la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Como es conocido, la Convención tiene por objetivo garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos en términos de igualdad con todos los demás ciudadanos. Es el primer tratado exhaustivo sobre derechos humanos ratificado por la Unión Europea como Organización Regional de Integración. También ha sido firmado y ratificado por la mayoría de los 27 Estados miembros. Las disposiciones establecidas por la Convención se supone que deberán interactuar con el derecho europeo sobre discapacidad y el derecho de la UE en general, lo que representará un cambio significativo en el marco jurídico europeo de la discapacidad.

Cabe esperar que la adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones asumidas, tanto por la UE como por sus Estados miembros, se concreten en avances significativos en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad. Especialmente, el cumplimiento del principio de no discriminación que figura en el artículo 3 de la Convención, junto con lo dispuesto en los artículos sobre “Igualdad y no discriminación” (art. 5), “Mujeres con discapacidad” (art. 6) y “Niños y niñas con discapacidad” (art.7) debe representar un importante cambio en la actual situación, de una parte las personas, con discapacidad, en relación con las garantías para el ejercicio de sus derechos.

Con el fin de evidenciar la disposición de la UE en dar cumplimiento a sus obligaciones en razón a su adhesión a la Convención, en noviembre 2010, se aprobó la nueva Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020, directamente

vinculada a dicho tratado, mostrando así un claro enfoque de derechos humanos. La Estrategia contiene medidas y calendarios concretos para la aplicación de la Convención.

Las disposiciones de no discriminación del Tratado de Ámsterdam quedan reforzadas, desde el 1 de diciembre de 2009, por el Tratado de Lisboa, cuyo artículo 10 exhorta a la Unión a "luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Además, el artículo 19 estipula que el Consejo "podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación" por los motivos ya mencionados. En general, sus principales objetivos son aumentar la democracia en la UE e incrementar la eficacia de su actuación y su capacidad para enfrentarse a los actuales desafíos globales.

6. Conclusión

A través de lo expuesto hasta aquí, a modo de síntesis, se puede concluir que el marco jurídico de la no discriminación de las personas con discapacidad en la Unión Europea está sustentado específicamente por unas normas superiores: el Tratado de Ámsterdam (art. 13 y disposición adicional); el Tratado de Lisboa (Arts. 10 y el 19), Carta de los Derechos Fundamentales, de 30 de marzo de 2010, (art. 21 "Prohibición de discriminación", entre otros, por motivos de discapacidad, y art. 26 "Integración de personas discapacitadas"); la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la parte competencial de la Unión Europea.

En aplicación de lo dispuesto en los citados tratados, se aprueba la directiva sobre igualdad de trato y no discriminación en el empleo que entra a formar parte del referido marco jurídico.

Queda pendiente el debate y aprobación de la Propuesta de Directiva del Consejo de la Unión Europea por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Como apoyo a las acciones jurídicas enunciadas hay que contar con las acciones de orden social en vigor puestas en marcha en la UE, como la Agenda Social Renovada y la Estrategia europea sobre discapacidad 2010-2020, que, es de esperar, promuevan el avance en el enfoque de la discapacidad como un asunto de derechos humanos.

Bibliografía

BLANCO EGIDO, E. y SÁNCHEZ SALCEDO, A.M.: *"El enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 65, 2006.

CABRA DE LUNA, M. Á, BARIFFI, F. y PALACIOS, A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

CAMPOY CERVERA, I. (Ed.). *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson. Colección Debates del Instituto Bartolomé de las Casas, nº 2, 2004

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión: Construir una Europa que fomente la integración.* Bruselas, 1 de marzo de 2000. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0079:FIN:ES:PDF

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Comunicación de la Comisión al Consejo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*. Bruselas, 12 de mayo de 2000. Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0284:FIN:ES:PDF

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde: Igualdad y no discriminación en la Unión Europea ampliada.* Bruselas, 28 de mayo de 2004. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/other/l14157_es.htm
COMISIÓN EUROPEA. *Agenda Social Renovada*. Disponible en: http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=547&langId=es

EUROPEAN DISABILITY FORUM. *Observations on the proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation (Article 13 Directive)*. Revisada el 7 de agosto de 2008**.** Disponible en: http://www.edf-feph.org/Page_Generale.asp?DocID=26266

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. COUNCIL OF EUROPE. *Handbook on*

European non-discrimination law. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2011. Disponible en: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DACA17B3-921E-4C7C-A2EE-3CDB68B0133E/0/FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ENG.pdf

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD y BANCO MUNDIAL. *Informe mundial sobre discapacidad.* Organización Mundial de la Salud y Banco Mundial, 2011. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/hq/2011/WHO_NMH_VIP_11.03_spa.pdf

PARLAMENTO EUROPEO. *Equal treatment: implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation. Procedure file*. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=566164

PÉREZ BUENO, L.C.: *Discapacidad, derecho y políticas de inclusión*. Madrid, Cinca, 2010.

QUINN, G., 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*. Nueva York: Naciones Unidas, 2002.

RED EUROPEA DE EXPERTOS JURÍDICOS EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN. *Handicap et droit européen contre la discrimination. Une analyse du droit européen contre la discrimination des personnes handicapées dans le domaine de l'emploi et au-delà*. Luxemburgo: Office des Publications de l'Union Européenne. 2010. Disponible en: http://www.non-discrimination.net/content/media/Disability%20and%20non%20discrimination%20law_FR.pdf

THRELFALL, M.: "European integration: harmonization, convergence and single areas", *Journal of European Social Policy*, Vol. 13, nº 2, 2003. pp. 121-139. Disponible en: http://sbe.bahcesehir.edu.tr/EPLC/UserFiles/File/article2.pdf

UNIÓN EUROPEA*. Principio de igualdad de trato entre las personas*. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/em0008_es.htm

UNIÓN EUROPEA. *Tratados y legislación*. En: http://europa.eu/abc/treaties/index_es.htm

LA IGUALDAD DE TRATO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Pablo López Álvarez

Vicepresidente sénior de FTI (grupo multinacional de consultoría estratégica y de negocio)
pablo.lopezalvarez@fticonsulting.com

Vicepresidente de la Cámara de Comercio de España en Bélgica y Luxemburgo

Índice

1. Introducción
2. A vueltas con la definición
3. Hacia un nuevo modelo
4. La legislación de igualdad de trato en Europa
5. La ratificación de la Convención de las Naciones Unidas: un punto de Inflexión
6. El marco político europeo
7. La Estrategia Europea de Discapacidad 2015-2020
8. El *business case* de la discapacidad
9. Análisis prospectivo: retos y desafíos
10. A modo de conclusión

1. Introducción

En un momento en el que las fuerzas del mercado y otras muchas voces están poniendo en cuestión el papel, y hasta el futuro, de la Unión Europea (UE), es más pertinente que nunca recordar que el origen de la legislación española sobre no discriminación de las personas con discapacidad se encuentra Bruselas. En efecto, fueron las directivas de no discriminación de 2000[82] las que empujaron y, por qué no decirlo, obligaron al gobierno español a adoptar legislación en la materia, como ha sido el caso en la mayoría de nuestra legislación más avanzada en ámbitos como el empleo, el medio ambiente, los residuos, la protección de minorías, los derechos de los trabajadores o de los consumidores.

Como cualquier otro producto legislativo europeo, las directivas sobre no discriminación fueron el resultado de una conjunción de circunstancias y de los delicados equilibrios institucionales y nacionales que son inherentes a la Unión Europea. Pero fueron también el producto de un *lobbying* decidido y convencido de los distintos actores sociales europeos que vieron que había llegado el momento de dar un paso al frente y de que esa Europa a la que le gusta autodenominarse "social", lo fuese un poco más. La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1997) y más concretamente de su artículo 13 permitía, por primera vez desde la fundación en 1957 de la inicialmente llamada Comunidad Económica Europea, que los a la sazón 15 Estados miembros pudiesen adoptar legislación para luchar contra la discriminación por razón de discapacidad (también por motivos de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, edad u orientación sexual). Entre esos actores se encontraba Miguel Ángel Cabra de Luna. Que esta modesta contribución sirva como homenaje al importante papel que Miguel Ángel ha jugado, tanto a nivel europeo como español, para que el marco actual sea una realidad, así como lo ha hecho en otros ámbitos legislativos estrechamente relacionadas con la discapacidad como la política de cohesión, el derecho de la competencia, la

[82] Directiva 2000/43/CE sobre la igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

accesibilidad o la contratación pública, tan importantes para avanzar hacia una sociedad que esté verdaderamente presidida por la igualdad de trato.

2. A vueltas con la definición

La primera consideración a tener en cuenta a la hora de hablar de la igualdad de trato de las personas con discapacidad en el ámbito europeo es conceptual. Detrás del término "discapacidad" se esconde una gran diversidad de realidades. Diversidad que se ha visto incrementada considerablemente tras las sucesivas olas de adhesiones que se han producido en los últimos años. Sí cada persona con discapacidad es ya de por sí una realidad diferente, el aforismo también es válido cuando estamos hablando de países distintos, cada uno de ellos con una realidad socio económica, cultural y legal dispar.

Sin embargo, es incuestionable que detrás de esa diversidad se esconden también una serie de rasgos comunes. El proceso de integración europea ha conducido a la convergencia en muchos aspectos, fenómeno al que no se escapa la realidad de la discapacidad. Y ello a pesar de que los Tratados comunitarios no otorgan a la UE ni los poderes ni los instrumentos necesarios para la instauración de una verdadera política común en la materia.

De hecho, por no haber, no existe ni una definición común de la discapacidad. Las definiciones y los criterios utilizados para determinar la existencia de una discapacidad difieren considerablemente en los 27 Estados miembros[83], lo que constituye un obstáculo importante para el reconocimiento mutuo de las decisiones nacionales en materia de discapacidad, y en particular para la elegibilidad en el acceso a prestaciones, servicios e instalaciones específicas.

Esto hace que en el caso de los ciudadanos europeos que migran de un Estado miembro a otro se puedan dar situaciones en las que en un país son clasificadas como personas con discapacidad pero en otro no, o bien que sean

[83] La Comisión Europea publicó en 2002 un interesante estudio comparativo llevado a cabo por la Universidad Brunel en el que se analizan y evalúan las implicaciones que las distintas definiciones de discapacidad tienen en el tratamiento recibido por las personas con discapacidad: *Definition of Disability in Europe: A Comparative Analysis,* Septiembre 2002.

clasificadas únicamente dentro de uno de los numerosos tipos de discapacidad reconocidos en un Estado miembro y, por este motivo, no poder disfrutar de ciertos derechos o prestaciones reservadas a los demás tipos.

A su vez, dentro de los propios Estados miembros existe a menudo una diversidad de definiciones dependiendo de las políticas en juego (educación, sanidad, empleo, etc.), de manera que en cada área se utiliza una definición distinta que se considera relevante para su eficaz aplicación. Algunos intentos para utilizar la misma definición en el ámbito de diversas políticas han resultado a veces en la utilización de definiciones de relevancia limitada, lo que a su vez ha derivado en numerosos casos en la ineficacia de las políticas.

La reciente entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 1 incluye una definición de discapacidad[84] no ha cubierto totalmente esta laguna, ya que se trata de una definición abierta y que de alguna manera deja la última palabra a los gobiernos nacionales.

La formulación de una definición de discapacidad común constituye pues una asignatura pendiente del proceso de integración europeo y de la creación de un verdadero mercado único, en donde las personas con discapacidad puedan moverse libremente sin ver mermados sus derechos en función del país en que se encuentren. Mientras tanto se utiliza como punto de referencia la definición de la Organización Mundial de la Salud, incluida en la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías (CIDDM). Sin embargo la misma no es aceptada unánimemente por su excesiva extensión.

---

[84] "Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Además, ha sido también criticada por estar demasiado orientada hacia los aspectos médicos de la discapacidad y no tener en cuenta los aspectos sociales de la misma.

3. Hacia un nuevo modelo

En Europa se ha producido en las últimas tres décadas una evolución filosófica e ideológica que ha llevado al triunfo del "modelo social" de la discapacidad sobre el "modelo médico" más paternalista que hacía hincapié en la discapacidad en sí, evolución que también hemos presenciado, y en cierta medida liderado, en nuestro país. De acuerdo con esta concepción social de la discapacidad es la sociedad la que crea obstáculos y genera una serie de actitudes y prejuicios que son los que nos hacen percibir la discapacidad de las personas y los que nos impiden que dichas personas gocen de las mismas oportunidades que las personas sin discapacidad. Este planteamiento más inclusivo y con un mayor reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, en cuanto sujetos de derechos humanos, recibió carta de naturaleza a nivel político en la UE en el año 1996 con la publicación por la Comisión Europea de la Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad[85]. Como veremos posteriormente, hubo que esperar más de una década para que ese respaldo político al nuevo modelo se reflejase en el ordenamiento jurídico comunitario a través de la aprobación por las Naciones Unidas de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("la Convención") y su posterior ratificación por la Unión Europea. Cabe resaltar que la Convención fue el primer tratado de derechos humanos firmado por la Unión Europea.

Otro de los rasgos del enfoque comunitario con respecto a la discapacidad es el hecho de que no establece categorías distintas de personas, sino que toma como base las necesidades individuales. Tal enfoque es mucho más favorable a la inclusión social y a la igualdad de trato que el que descansa sobre la categorización. Ello implica alejarse de programas dirigidos específicamente a

[85] COM(1996) 406 final, de 30 de julio de 1996

la discapacidad para adoptar un enfoque más generalista[86]. Un elemento esencial de este enfoque es el llamado *mainstreaming,* o integración de la dimensión de la discapacidad en todos los ámbitos y políticas, y que puede ser definido, siguiendo la definición formulada por el Comité Económico y Social de la UE, "como la inclusión sistemática de las prioridades y necesidades de las personas con discapacidad en todas las políticas y medidas generales, con el fin de fomentar la igualdad de oportunidades de dichas personas al tener en cuenta de forma activa y abierta, en la etapa de elaboración, los efectos para ellas durante las fases de aplicación, supervisión y evaluación[87]".

Sin embargo, como ejemplo de la diversidad a la que aludíamos anteriormente, estos enfoques no se reproducen de manera homogénea en todos los Estados miembros, tal como lo constata año tras año la propia Comisión Europea en su estudio anual sobre la situación social en la Unión Europea. En una buena parte de los nuevos Estados miembros, las políticas en materia de discapacidad están aún orientadas en buena medida hacia la segregación en vez de hacia la toma en consideración de la cuestión en todos los ámbitos de la acción política. Las políticas de igualdad de trato en materia de discapacidad en esos países han comenzado solamente de forma muy reciente a alejarse del antiguo estilo "proteccionista" y de los modelos médicos

No obstante, a pesar de las diferencias y de que aún esté lejos la unificación de Europa en materia de discapacidad, unificación entendida en el sentido de que la persona con discapacidad sea tratada en condiciones de igualdad y le sean ofrecidas idénticas oportunidades de expansión, cualquiera que sea el Estado miembro en el que se encuentre, existen numerosos elementos comunes entre las políticas de discapacidad de los Estados miembros en la medida en que deben hacer frente a problemas similares que pueden ser abordados de manera coordinada a escala europea. De hecho, como veremos a continuación, los Estados miembros ya han aceptado un buen número de objetivos comunes en el área de la igualdad de trato de las personas con

[86] *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo,* COM(2003)650

[87] Dictamen del Comité Económico y Social sobre la *Integración de las personas con discapacidad en la sociedad,* de 17 de julio de 2002.

discapacidad, como por ejemplo en lo relativo al fomento del empleo, o a la necesidad de luchar contra la discriminación. A esbozar esto último dedicaremos el próximo apartado.

4. La legislación de igualdad de trato en Europa

Aunque ya desde su fundación en 1957 la por entonces denominada Comunidad Económica Europea comenzó a definir una política de igualdad de trato y de no discriminación, en un principio se puso el énfasis en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres. Todo ello desde la perspectiva del mercado interior y de permitir la libre circulación de trabajadores, bienes, servicios y capitales en igualdad de condiciones. En contraste, otras realidades, como la edad, la raza o la discapacidad, quedaban en un segundo plano. No hay que olvidar que las competencias de la UE en el ámbito social son ciertamente limitadas.

No fue hasta mediados de los años 90 cuando surgió un consenso acerca de la necesidad de que la Unión Europea, apremiada por el Parlamento Europeo y la sociedad civil, se enfrentase a la discriminación en una serie de campos adicionales, entre ellos la discriminación por razón de discapacidad.

Tal como indicamos anteriormente, fue el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor en 1997, el que autorizó por primera vez a la Unión Europea, a través de su artículo 13, a adoptar medidas para luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, siendo esta, de hecho, la primera referencia específica de los Tratados a la “discapacidad”. Dicho artículo proporcionaba una base para abordar situaciones de discriminación múltiple, mediante el establecimiento de una política y un enfoque legal común para los distintos motivos de discriminación (edad, generó, raza, religión, etc.), incluyendo una definición igual para todos, sin dejar de reconocer los retos específicos a los que se enfrenta cada grupo.

En virtud de ese fundamento jurídico proporcionado por el artículo 13, se adoptó en el año 2000 un paquete integrado de medidas de lucha contra la

discriminación, entre los que cabe destacar, desde la perspectiva de la discapacidad, la directiva en el ámbito del empleo y la ocupación[88] que prohíbe la discriminación por cualquiera de los motivos que figuran en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam y el programa de acción en materia de no discriminación, que incluía una serie de medidas complementarias. Dicha norma fue transpuesta al ordenamiento jurídico español mediante la "Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad"[89].

Posteriormente, el artículo 13, fue modificado por el Tratado de Niza, con el fin de permitir la adopción de medidas de incentivos por mayoría cualificada del Consejo. Mientras, las medidas legislativas seguían requiriendo aprobación por unanimidad en el Consejo, a pesar de las propuestas por parte de la Comisión para pasar a un sistema de mayoría cualificada y del intenso lobby realizado desde el sector social. Cabe señalar que el requisito de la unanimidad es uno de los elementos de bloqueo de futuros avances en la materia, como lo prueba que la propuesta de directiva de no discriminación formulada por la Comisión en 2008 para extender dicho principio a ámbitos como la educación, la sanidad, la vivienda o la protección social[90] lleva tiempo bloqueada en el Consejo, sin verdaderas perspectivas de que la cosa cambie y pueda convertirse en derecho positivo. El Tratado de Lisboa (adoptado en diciembre de 2009) no cambió la situación, aunque sí que supuso un cierto avance en la medida que establece el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales. La misma incluye un amplio catálogo de derechos (sensiblemente más amplio por ejemplo que el incluido en la constitución española), todos ellos ya contemplados en diversos convenios e instrumentos legislativos pero a los que se otorga rango constitucional, entre ellos la transversalidad de la no discriminación por razón de discapacidad. Ello, unido a la incorporación de la Convención al acervo comunitario, y a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, contribuirá sin duda a hacer avanzar la agenda del sector

[88] Directiva 2000/78/EC sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
[89] Ley 51/2003, de 2 de diciembre de 2003.
[90] Propuesta de directiva por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, COM(2008) 426 final, 2 de Julio de 2008.

de la discapacidad a nivel europeo, sobre todo a través de futuros desarrollos jurisprudenciales.

5. La ratificación de la Convención de las Naciones Unidas: un punto de inflexión

Si la primera década del Siglo XXI en el ámbito de la igualdad de trato en Europa se debe vincular a la adopción de las directivas de no discriminación del año 2000, esta segunda década será recordada sin duda por la ratificación en 2010 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que de alguna manera da carta de naturaleza y confirma el cambio de paradigma en lo que afecta a las actitudes y enfoques respecto de las personas con discapacidad.

No deja de ser simbólico que la Convención sea el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, así como la primera convención internacional de derechos humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea.

La Convención recoge los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos. Más concretamente la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual – incluida la libertad para tomar las propias decisiones -, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana.

Desde que la Convención entrara en vigor con respecto a la UE el 22 de enero de 2011 (una vez completado el procedimiento de conclusión mediante el depósito de los instrumentos de confirmación formal con el Secretario General de las Naciones Unidas en Nueva York), tanto los Estados miembros como la

propia Unión Europea han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad.

Por un lado, la Unión Europea adoptó un Código de Conducta definiendo cómo la UE y los Estados miembros trabajarían conjuntamente para la implementación de la Convención. Por su parte, en España adoptamos la *Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*[91]. Sin embargo, como acertadamente abogan y argumentan las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, ello no es suficiente. En Europa está aun pendiente la ratificación del Protocolo Facultativo, que permite a las partes reconocer la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas para examinar las denuncias de particulares. Asimismo, queda mucho por hacer en términos de la implementación de la misma. Para ello se antoja necesario que la Comisión desarrolle unas directrices que permiten el *mainstreaming* de la Convención en toda la legislación europea, no solo la futura sino que también debería conllevar una revisión del acervo comunitario actualmente vigente. En clave de futura legislación parece lógico que las nuevas perspectivas financieras para el periodo 2014-2020 y en particular la política de cohesión consideren la implementación de la Convención una prioridad de gasto, cosa que no será fácil en el contexto actual de crisis y de reducción del gasto público.

Sin embargo, no todo podrá hacerse a nivel europeo. Es indispensable que los 27 gobiernos hagan también sus deberes. Por ejemplo, en el caso de España, en septiembre de 2011, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU emitió una serie de observaciones sobre el grado de cumplimiento por parte de España de la Convención. Como bien ha señalado el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), el nuevo gobierno debe tener como prioridad atender las recomendaciones de las Naciones Unidas y ponerlas en práctica, impulsando medidas legislativas,

[91] Ley 26/2011, de 1 de agosto de 2011.

políticas, estrategias y prácticas que subsanen las deficiencias y lagunas detectadas por la propia ONU.

6. El marco político en la Unión Europea

Para avanzar en la igualdad de trato a nivel europeo tan importante como el marco legal, sino más, es sin duda el marco político y lo que los anglosajones denominan el *soft law.* La legislación (*hard law)* es condición necesaria pero no suficiente para alcanzar la igualdad de trato. Ello ha llevado a la UE, dentro de sus limitadas competencias, a intentar adoptar una verdadera política de discapacidad que más allá de iniciativas legislativas individuales aprovechase todas las palancas que el proceso de integración europeo ofrece para promover la igualdad de trato y la no discriminación de las personas con discapacidad. Aunque como a la Comisión Europea le gustar recordar, dicho empeño se retrotrae a varias décadas atrás, el verdadero punto de inflexión a nivel político fue sin duda la Comunicación de la Comisión Europea de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad[92], que confirmaba a nivel comunitario la transición que se había ido produciendo durante las tres décadas anteriores del "modelo médico" de la discapacidad (más paternalista, como veíamos anteriormente, y que hace hincapié en la discapacidad en sí) al "modelo social" que argumenta que es la sociedad la que crea obstáculos y genera una serie de actitudes y prejuicios que son los que nos hacen percibir la discapacidad de las personas y los que nos impiden que dichas personas gocen de las mismas oportunidades que las personas sin discapacidad.

Asimismo, dicha comunicación pasará a la historia por haber sido el primer instrumento a nivel europeo que introdujo el concepto del "mainstreaming" de la discapacidad, del que hablábamos anteriormente, consistente en la transversalización de la dimensión de la discapacidad en todas las políticas europeas. En otras palabras, no se trata solo de aprobar legislación específica para las personas con discapacidad sino de asegurarse que todas las

[92] COM(1996)406 final, de 30 de julio de 1996

iniciativas políticas y legislativas a la hora de ser diseñadas y aplicadas tengan en cuenta las especificidades de las personas con discapacidad.

Pues bien, esa transición y cambio de paradigma al que me refería quedó simbólicamente consagrada posteriormente, cuando en 2002, coincidiendo con la presidencia española de la UE, se adoptó la Declaración de Madrid, resultante del consenso alcanzado entre el movimiento de la discapacidad europeo, la presidencia española y la Comisión Europea, y a la que se adhirieron numerosas instituciones públicas y privadas, entre ellas el Parlamento Europeo.

Sin embargo, aunque la discapacidad se ha venido abordando a nivel comunitario a través de distintos programas e iniciativas, no fue hasta 2003 cuando por primera vez la Unión Europea se dotó de un plan de acción específicamente dirigido a las personas con discapacidad. El mismo fue el resultado natural de la declaración de 2003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, el cual marcó un antes y un después en el proceso de definición de una política más ambiciosa y coordinada en materia de igualdad de trato de las personas con discapacidad a nivel europeo.

A nivel de los estados miembros el Año Europeo sirvió como acicate para la adopción de nuevas iniciativas políticas y legislativas. En España, más allá de la ley de igualdad de oportunidades y lucha contra la discriminación (a través de la que se transponían las directivas sobre no discriminación aprobadas en el año 2000)[93], el Año Europeo también desembocó en la adopción de la ley sobre los derechos económicos y de sucesión de las personas con discapacidad[94]. En el plano político cabe resaltar el diseño de un plan de acción específico para las personas con discapacidad (2003-2007), un nuevo plan nacional sobre accesibilidad (2004-2012) y un plan de empleo para las personas con discapacidad.

[93] Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
[94] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Pero quizás lo más importante, al menos pensando en clave de política europea, fue la adopción del primer plan de acción europeo en materia de discapacidad. Aunque el mismo no fue tan ambicioso como a la sazón demandaba el movimiento de la discapacidad europeo, es indiscutible que supuso un paso cualitativo de gran relevancia, en la medida que proporcionaba por primera vez una plataforma para hacer avanzar la política europea de discapacidad de una manera más rápida y eficaz.

El plan de acción, formulado a través de la comunicación de la Comisión titulada *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*[95], definió cuáles eran los objetivos que la UE se marcaba en materia de discapacidad para el periodo 2003-2010. En aquellos momentos la primera prioridad era asegurar la plena aplicación de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo, cosa que la Comisión consideraba debía anteponerse a la consideración de nueva legislación específica, como es el caso de la directiva marco sobre discapacidad por la que el Foro Europeo de Discapacidad ya apostaba. Una década después poco ha cambiado en este sentido.

La segunda gran prioridad comunitaria en aquellos momentos era es la de integrar adecuadamente las cuestiones de discapacidad en las políticas comunitarias pertinentes, esto es, el "mainstreaming", con especial atención a las políticas relacionadas con el empleo, ya que la Comisión Europea consideraba, acertadamente, que el empleo era la mejor forma de introducir mejoras duraderas para las personas con discapacidad y de lograr su plena inclusión en la vida social. Es por ello por lo que se comprometía a prestar especial atención a la integración de las cuestiones de discapacidad en las políticas relacionadas con el empleo, en particular en el ámbito de la educación y el aprendizaje permanente.

Finalmente, la Comisión Europea estimaba que especial atención debía ser prestada al tema de la accesibilidad, y más concretamente al principio del

95 COM(2003) 650 final, de 30 de octubre de 2003.

«diseño para todos», por considerar, de manera acertada de nuevo, que la accesibilidad de los bienes, los servicios y el entorno construido es un aspecto esencial para la integración de las personas con discapacidad que concierne. En este sentido y continuando la línea de acción que había marcado ya en el año 2000 con la ya célebre comunicación *Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad*[96], la Comisión se comprometió a promover la elaboración de normas técnicas europeas, de documentos de normalización y de otras orientaciones de carácter más general para traducir en términos técnicos el concepto de «accesibilidad para todos», el cual es un elemento de trascendental importancia para potenciar la integración de las personas con discapacidad en la vida económica y social. Igualmente, el ejecutivo comunitario se comprometía a fomentar los esfuerzos encaminados a sensibilizar a los responsables en materia de normalización sobre el concepto de «accesibilidad para todos» y sobre las oportunidades existentes en el mercado. No hay que olvidar que las personas con discapacidad suponen un mercado muy importante, al que, incluso si se mira desde una perspectiva empresarial, no se puede ser ajenos. Al igual que tampoco se podía ser ajenos a su importancia si es que se quería alcanzar los ambiciosos objetivos de empleo y competitividad establecidos en la Estrategia de Lisboa que pretendía convertir a la UE en la economía basada en el conocimiento más dinámica y competitiva del planeta.

Mirado con la perspectiva que dan los casi 10 años que han pasado desde la publicación de ese primer plan europeo de discapacidad, es indiscutible que se han realizado avances, pero los desafíos a los que el mismo quería hacer frente continúan, y en algunos casos hasta se han agravado, como por ejemplo en el ámbito del empleo, en donde la a crisis ha hecho que la mayor parte de los avances realizados durante una década se hayan ido al garete en poco más de un par de años.

7. La Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2015

[96] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad,* COM(2000) 284 final, de 12 de mayo de 2004.

El Plan 2003-2010 fue reemplazado en noviembre de 2010 por la *Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020*[97]("la nueva estrategia"), que continúa teniendo como elemento vertebrador la lucha contra la discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad. Mientras que el primero estaba enmarcado en el contexto de la Estrategia de Lisboa, la nueva estrategia está vinculada a la llamada Estrategia UE2020, que busca combinar un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en Europa y que fija objetivos cuantitativos ambiciosos en términos de empleo, I+D, educación, lucha contra el cambio climático y reducción de la pobreza.

La nueva estrategia continúa teniendo como una de las principales prioridades la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Igualmente se centra en la eliminación de barreras e identifica medidas a escala de la UE complementarias a las acciones a nivel nacional. También determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención.

Asimismo la nueva estrategia se focaliza en otros aspectos fundamentales para la plena integración y la igualdad de trato de las personas con discapacidad, entre las que cabe resaltar las siguientes:

- Accesibilidad: la Comisión se comprometió a adoptar una "ley europea de accesibilidad", que se espera para el último trimestre de 2012 y cuyo alcance exacto está aún por definir. Igualmente se compromete a intentar utilizar otras palancas normativas para la promoción de la accesibilidad, como la normalización, las ayudas de estado o la futura legislación sobre contratación pública.

- Participación: el objetivo aquí es garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos de ciudadanía de la Unión Europea en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Al efecto la Comisión se compromete a trabajar por aspectos tales como el reconocimiento mutuo de las tarjetas de discapacidad y de los derechos relacionados, la utilización del lenguaje de signos y del alfabeto Braille o el fomento de formatos accesibles para los sitios Internet y las obras protegidas por derechos de autor.

[97] COM(2010) 636 final, 15 de noviembre de 2010.

- Apoyo financiero: en el marco de la revisión del marco presupuestario y de los distintos fondos europeos, la Comisión promueve un alineamiento de los mismos con los objetivos de la nueva estrategia.

- Cooperación: el ejecutivo comunitario también pretende fomentar una mayor cooperación entre los Estados miembros y la sociedad civil, ofrecer un foro para el intercambio de datos y la coordinación de las políticas, en particular sobre la transferibilidad de los derechos, como por ejemplo, el derecho a una asistencia personalizada.

- Sensibilización: se busca también fomentar la concienciación de la población europea sobre todo lo referente a la discapacidad y a la accesibilidad. Un buen ejemplo es el Premio Europeo para Ciudades Accesibles, que en su primera edición (2010) fue ganado por Ávila.

- Recopilación de datos: una de las asignaturas pendientes es obtener cifras paneuropeas que permitan conocer en detalle y comparar la situación de las personas con discapacidad a lo largo y ancho de la Unión. Esa será otra de las prioridades de la Comisión Europea para los próximos años, con el objetivo de tener una fotografía de alta resolución que le permita adoptar las políticas más eficaces posibles.

La Estrategia viene acompañada de una lista de las acciones previstas con el horizonte 2015 en mente.

8. El *business case* de la discapacidad

Más allá de consideraciones políticas, legales o de justicia social es innegable que la ausencia de las personas con discapacidad de nuestra vida económica y empresarial ha supuesto una pérdida incalculable. Ello ha quedado reflejado en la formulación de lo que se ha dado en llamar el *business case* de la discapacidad. Ha sido esta una de las palancas que la Unión Europea ha querido explotar en el marco de su política de discapacidad, lo que tiene toda

su lógica en una organización como la UE que nació con la vocación de crear un mercado común.

Para que una empresa sea efectiva y rentable en un entorno diverso como el que vivimos es fundamental que la misma refleje la diversidad de la sociedad, en la que no olvidemos que un 15% son personas con discapacidad. Esa diversidad debe declinarse a varios niveles.

Por un lado, la diversidad en la plantilla de una empresa proporciona a la misma más flexibilidad, capacidad de innovación y de adaptación al cambio. Una empresa homogénea en el perfil de sus empleados producirá un producto homogéneo, sin capacidad de adaptación al cambio, ni a las especificidades de los distintos consumidores. En otras palabras, una empresa que no cuente en su plantilla con personas con discapacidad (lo que por otra parte es ilegal) es difícil que pueda tener en cuenta las necesidades de ese colectivo en el diseño y desarrollo de sus productos, con la consecuente limitación de su base de clientes potenciales.

Ello se reflejará en el acceso a los mercados. La función primordial de una empresa es generar valor a través de la producción de bienes y servicios por los que existe demanda en la sociedad, que generan ingresos, beneficios y crean empleo. Dado que cerca de 80 millones de europeos tienen una discapacidad es obvio que una parte importante del mercado de cualquier empresa que produzca productos de consumo está potencialmente formado por consumidores con discapacidad. Es por ello que la accesibilidad y la usabilidad deben ser una realidad empresarial y que su reconocimiento como oportunidad de negocio puede llevar a una mayor cuota de mercado. En algunos mercados (por ejemplo, las nuevas tecnologías), la accesibilidad ya está convirtiéndose en una prioridad estratégica para adquirir una ventaja competitiva en el mercado. El envejecimiento de la población europea no ha hecho sino reforzar este aspecto. Y lo hará aún más en el futuro. A ello contribuirá también sin duda la futura Ley Europea de Accesibilidad.

Por otro lado, está la cuestión del acceso al talento. Cualquier empresa u organización que busque ser una referencia se empeña en atraer a las personas más preparadas y más adecuadas para el trabajo y que contribuyan a que la empresa alcance sus objetivos. Entre ellas están sin duda las personas con discapacidad. Será difícil que una empresa que no incorpore en su plantilla a personas con discapacidad pueda aprovechar las oportunidades de negocio de las que hablábamos en el párrafo anterior. Por lo tanto, cualquier empresa que quiera responder adecuadamente a las necesidades del mercado debe asegurarse que sus procesos de selección no son discriminatorios y que el entorno de trabajo sea accesible y tenga en cuenta las especificidades de las personas con discapacidad.

Otro aspecto integrante del *business case* de la discapacidad es sin duda la retención del personal. Los tiempos de desempleo galopante que vivimos en España no deben hacernos olvidar que uno de los grandes activos de una empresa es su personal. No hace falta ser un experto en recursos humanos para darse cuenta del empobrecimiento que supone para toda empresa la pérdida de personal; particularmente en la sociedad del conocimiento en la que nos ha tocado vivir. Pues bien, dado que el 85% de las personas con discapacidad adquieren su discapacidad durante su vida laboral resulta fundamental que las empresas estén preparadas para continuar acomodando en su fuerza laboral a las personas con discapacidad. En este sentido la accesibilidad del entorno de trabajo es fundamental. Ello reduce también la movilidad de la plantilla, los costes jurídicos y, no menos importante, asegura que la empresa cumpla con las obligaciones legales y contribuye a fortalecer la vinculación del personal con la empresa.

En quinto lugar nos encontramos con la retención de los clientes. Al fin y al cabo detrás de las empresas se esconden las personas y en la mayoría de los casos el vínculo con el cliente está basado más en consideraciones personales que de marca. Aquellas empresas que integren mejor a las personas con discapacidad y tengan en cuenta la accesibilidad tendrán mayores opciones de fidelizar a su clientela.

La gestión de la reputación corporativa es otro ángulo. A nivel europeo existe un consenso general de que las empresas necesitan rendir cuentas no solo a través de su cuenta de resultados sino también por el impacto de sus actividades en la sociedad y en el medio ambiente. En este nuevo contexto la reputación corporativa se ha convertido en un activo extremadamente valioso y que merece los mayores cuidados. Actuar de manera responsable contribuye a generar confianza y fidelizar a los clientes, empleados, proveedores y otras partes interesadas (administraciones públicas, ONGs, etc.). Se puede afirmar sin tapujos que la reputación corporativa se ha convertido en un factor de éxito en el entorno económico tan competitivo en el que vivimos. Y la adecuada toma en consideración de la discapacidad y la accesibilidad es parte integrante de la misma, como lo reconoce la nueva Estrategia Europea de Responsabilidad Social Corporativa, adoptada en octubre de 2011[98].

Además, las autoridades públicas de manera creciente a la hora de contratar dan prioridad a las empresas que promueven la igualdad, la diversidad y la inclusión, lo que es una razón adicional en favor de la integración de la discapacidad en la estrategia empresarial, sobre todo si se tiene en cuenta que los contratos públicos suponen el 17% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea.

No resulta pues difícil concluir que las empresas que incorporen de manera transversal la perspectiva de la discapacidad en su estrategia de negocio a todos los niveles (operativo, desarrollo de producto, recursos humanos, marketing, etc.) disfrutarán de una ventaja competitiva sobre sus competidores.

9. Análisis prospectivo: retos y desafíos

A pesar del marco político y jurídico que venimos de analizar, del cambio de paradigma, del reconocimiento normativo de los derechos de las personas con discapacidad, del cada vez más común *mainstreaming* de la discapacidad en la legislación europea o de la creciente concienciación sobre la importancia de la

[98] COM(2011)681 final, de 25 de octubre de 2011.

no discriminación, aun queda un largo camino por recorrer y considerables desafíos y retos que abordar para conseguir una verdadera igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Uno de los principales desafíos a los que aún se tiene que enfrentar Europa, en unos países en mayor medida que en otros, es el pasar de la teoría a la práctica. El reconocimiento jurídico cristalizado en las directivas de 2000 y la Convención no se ha traducido de forma automática en la práctica. Nos encontramos pues que muchas personas con discapacidad no han visto aún los frutos de los esfuerzos legislativos realizados por la Unión Europea. El *enforcement* es por lo tanto el principal de los desafíos a los que hacer frente, sobre todo tras la entrada en vigor de la Convención. Prueba de ello es que la Comisión Europea viene de publicar una guía práctica dirigida a fomentar que los ciudadanos europeos que sean objetos de discriminaciones acudan a las instancias administrativas y judiciales competentes para poner fin a la violación de sus derechos y obtener la reparación e indemnización que sean procedentes en derecho[99]. Aparte de ser una vía de solucionar problemas individuales las decisiones judiciales pueden contribuir a crear un cuerpo jurisprudencial que en tanto que fuente de derecho sirva para cubrir las lagunas del marco legislativo actual y que como en muchos otros casos refuercen, profundicen e implementen los derechos de los ciudadanos europeos, en este caso los ciudadanos con discapacidad.

Sin perjuicio de ello, es de esperar que más pronto que tarde nueva legislación europea, más ambiciosa y con mayor alcance, vea la luz y cubra las lagunas actuales. Por su inmediatez hemos de mencionar en primer lugar el llamado Acta Europeo de Accesibilidad, que es un proyecto esperanzador e ilusionante. Hay que esperar que los tiempos de volatilidad económica y de turbulencias financieras que hoy nos toca vivir no sirvan como excusa para limitar su alcance ni para contentarse con establecer un modesto mínimo común denominador. Por el contrario, es una oportunidad excelente para marcar una agenda ambiciosa para la próxima década, que esté centrada en la eliminación

[99] *How to present a discrimination claim: Handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives,* European Union, 2011.

de las barreras que impiden a las personas con discapacidad disfrutar de sus derechos, tanto las barreras al entorno construido, como a los productos y servicios. Es sin duda la ocasión de, siguiendo el slogan comunitario, crear una Europa sin Barreras.

En segundo lugar, no hemos de renunciar a la vieja aspiración del movimiento de discapacidad europeo a tener una directiva marco específica, que aborde de manera pormenorizada la no discriminación e igualdad de trato de las personas con discapacidad en otros ámbitos que no sea el empleo. El alcance de la misma deberá depender de si el proyecto de directiva sobre no discriminación que está en la mesa del Consejo (que aborda distintos tipos de discriminación) sale finalmente adelante o no.

En tercer lugar, ya más allá del ámbito de la discapacidad y de la no discriminación, parece lógico dar prioridad a la revisión de la normativa de contratación pública, actualmente en curso, dado el enorme potencial de las licitaciones públicas para la integración de las personas con discapacidad en el mundo laboral, así como para la promoción de la accesibilidad. No hay que olvidar que, como indicábamos anteriormente, el gasto público supone más del 17% del Producto Interior Bruto (PIB) de la Unión Europea, lo que equivale en términos absolutos a más del 50% del PIB alemán. Está revisión se presenta como una gran oportunidad para hacer avanzar la toma de consideración de la perspectiva de discapacidad y accesibilidad en los criterios de adjudicación, tanto en lo que respecta al objeto del contrato como a la elegibilidad de los distintos operadores económicos.

Igualmente importante, por su dimensión económica, es la revisión de los fondos estructurales, también en curso en el contexto de la definición del nuevo presupuesto europeo para el periodo 2014-2020. Para conseguir que el mismo asigne la dotación necesaria a la política de discapacidad en sus distintas vertientes resultará imprescindible que los reglamentos que servirán de base jurídica a los fondos estructurales incluyan la integración de las personas con discapacidad y la aplicación de la Convención entre sus prioridades. No hemos de olvidar que los fondos estructurales, que suponen alrededor de un tercio del

presupuesto comunitario, son el principal instrumento financiero en lo que respecta las personas con discapacidad, particularmente el Fondo Social Europeo, que financia la formación y el empleo de las personas con discapacidad desde hace más de una década. Las amenazas de reducción del presupuesto comunitario, unidas a los recortes de los presupuestos nacionales, generan riesgos importantes para el sector de la discapacidad: por un lado, una reducción del gasto total dirigido a la discapacidad proporcional a los recortes; por el otro, el riesgo de que recursos que hasta ahora se dedicaban a la discapacidad sean canalizados a otros sectores o necesidades que los políticos puedan considerar más "perentorias" o más interesantes desde un punto de vista político. En la situación actual ello resultaría paradójico e injustificable. Tal como recoge bien la Estrategia "la crisis económica ha repercutido negativamente en la situación de las personas con discapacidad, de manera que es aún más imperativo actuar". Por su parte, el sector de la discapacidad debe tener en cuenta que no le vale el mismo esquema que le sirvió hace 5 años en la renovación de las perspectivas financieras actualmente en vigor (2007-2013). Tiene que ser plenamente consciente de que el éxito pasa por importantes cambios cualitativos y de que estamos en un escenario en el que las necesidades y también las demandas han cambiado sustancialmente, los recursos son más escasos, hay más competidores y se trata de un contexto político, social y económico radicalmente distinto.

En la misma línea, será también importante que la discapacidad sea reconocida, sino como prioridad de gasto, al menos como elemento transversal, en los reglamentos que den base a los distintos programas europeos a partir de 2014, como puede ser el caso de Horizón 2020 (que sustituirá al VII Programa Marco de Investigación) u otros programas pertenecientes a otros ámbitos (educación, innovación, empresa, desarrollo rural, etc.).

A nivel sectorial, habrá que continuar trabajando para que en los próximos años se revisen al alza los reglamentos existentes sobre los derechos de los pasajeros con movilidad reducida en los distintos medios de transporte. En el

mundo globalizado en el que nos ha tocado vivir en el que la movilidad es cada vez más indispensable resulta fundamental avanzar en este frente.

Finalmente, tan importante como todo lo anterior, sino más, será seguir avanzando en el *mainstreaming* de la discapacidad y la accesibilidad en todas las áreas de actividad comunitaria y en que ambas realidades sean tomadas en consideración ya en los ejercicios de evaluación de impacto que hoy en día preceden a toda iniciativa legislativa que ve la luz en Bruselas. Este punto no es baladí si tenemos en cuenta que casi el 80% de la legislación que se aplica en los Estados miembros, incluida España, tiene su origen en Bruselas.

10. A modo de conclusión

Cuando uno hace un balance de la realidad de las personas con discapacidad en Europa, una primera conclusión de la que no nos podemos escapar no es otra que aún queda mucho por andar en el largo camino hacia la plena integración de las mismas en todas las esferas de la sociedad. Ello no nos debe impedir reconocer los grandes avances que se han alcanzado en los últimos años, que en algunos casos han superado, en honor a la verdad, las expectativas realistas, aunque no idealistas, que podíamos albergar. Sin lugar a dudas, el proceso de integración europea ha tenido mucho que ver en esto, aunque no todo el mundo tenga interés en reconocerlo públicamente.

No obstante, hay que ser conscientes de que aunque la Unión Europea puede colaborar de manera sensible a la consecución de ese objetivo, los recursos y la responsabilidad para avanzar hacia él descansan largamente en nuestros países respectivos. La política social es competencia compartida entre la UE y los Estados miembros, pero de acuerdo con el principio de subsidiariedad las competencias de la UE en materia social se limitan a “apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros” y, en el caso de nuestro país, también de las Comunidades Autónomas. Es a ellos pues a los que les debe corresponder los mayores esfuerzos. La sociedad civil tiene también un papel clave que jugar. Como decía una de las conclusiones del Año Europeo de las Personas con Discapacidad, la legislación es necesaria pero no suficiente.

Debe ir acompañada por un cambio social que, eso sí, debe ser promovido y liderado por nuestros gobernantes y comenzar por la educación. Solamente entonces se darán las condiciones necesarias para una verdadera integración de las personas con discapacidad. Integración que, a su vez, puede verse muy beneficiosamente potenciada y reforzada por el proceso de integración europeo. Que así sea.

Bibliografía

Definition of Disability in Europe. A Comparative Analysis, European Commission, 2002

Disability and non-discrimination law in the European Union, European Commission, 2009.

Disability Discrimination Law in the EU Member States, EU Network of Independent Experts on Disability Discrimination, 2004.

Estudio sobre Retos y Buenas Prácticas en la Aplicación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Centro Europeo de Fundaciones, 2010.

Handbook on European non-discrimination law, European Union Agency for Fundamental Rigths and Council of Europe, 2010.

How to present a discrimination claim: handbook on seeking remedies under the EU Non-discrimination Directives, European Commission, 2011.

LA ESTRATEGIA EUROPEA DE DISCAPACIDAD 2010-2020: NUEVAS HERRAMIENTAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Mercedes Jaraba Sánchez

Subdirectora General de Participación y Entidades Tuteladas
D. G. de Políticas de Apoyo a la Discapacidad
Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad
Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

mjaraba@msssi.es

Índice

1. Introducción
2. Ámbitos de actuación de la EED
3. La EED y la realidad española
4. Desafíos y conclusiones

Bibliografía

1. Introducción

Nadie duda, al menos en teoría, de que las personas con discapacidad que viven en la Unión Europea (UE) tienen las mismas oportunidades y derechos que cualquiera, pero la “práctica” nos suele poner los pies en la tierra y nos acerca a una realidad que no siempre se corresponde con aquella que se diseña en las normas y en las instituciones.

Y ejemplos de ello son los bajos índices de empleo, las dificultades de desplazamiento y comunicación y el escaso número de personas con discapacidad con estudios superiores, por poner algunos de los más significativos.

El pasado 24 de octubre, el Parlamento Europeo, que frecuentemente ha dedicado su atención a la situación de las personas con discapacidad y ha adoptado diversas decisiones importantes para su integración y la protección de sus derechos, debatió el informe del ponente Adám Kósa (PPE) sobre la Estrategia Europea para la discapacidad 2010-2020 (EED) que presentó la Comisión Europea en noviembre de 2010. La Estrategia propone, entre otras cuestiones, el reconocimiento de las tarjetas de discapacidad nacionales en todos los estados miembros, la posibilidad de emplear el braille y la lengua de signos en todos los trámites de los ciudadanos con las instituciones europeas, y el impulso del mercado comunitario de bienes y servicios para las personas con discapacidad.

El informe, elaborado por Adam Kósa, el primer eurodiputado sordo, remarca que el plan de acción de la Comisión Europea constituye “un paso en la buena dirección” pero pide que se apoyen medidas con “plazos más específicos” y otros elementos que mejoren la ejecución del programa.

“Nadie pone en duda que las personas con discapacidad tienen derechos humanos, pero su aplicación práctica se ve dificultada por obstáculos en el entorno que rodea a la persona –en parte físicos, en parte sociales–, incluidos

los servicios y los productos a los que no se puede acceder adecuadamente", explica en su texto el eurodiputado, a la vez que reclama estrategias para que los derechos de las personas con discapacidad se hagan efectivos en la práctica. Por ello, quiere también que se presente "lo antes posible" el texto normativo mencionado en la Estrategia y que se incluya a las personas con discapacidad como grupo socialmente desfavorecido en la legislación sobre contratación pública.

Los eurodiputados, entre otras cosas, señalan como "prioritario", en consonancia con la Estrategia Europa 2020, aumentar las cifras de empleo para los casi 80 millones de personas con discapacidad que viven en la UE, así como eliminar cuanto antes las barreras que les discriminan. Para el ponente, todos los objetivos se alcanzan priorizando "la inversión a largo plazo destinada a las personas con discapacidad, más que al gasto a corto plazo", sobre todo porque, como consecuencia del envejecimiento de la población, el número de personas dependientes se duplicará de aquí a 2050, por lo que es fundamental el fomento de la independencia de las personas con discapacidad.

Las barreras "prácticas" con las que se encuentran en el día a día las personas con discapacidad provocan que la amenaza de la pobreza se cierna sobre ellos. La OCDE estima que más o menos una de cada cuatro personas con discapacidad vive en la pobreza, según recoge el eurodiputado.

Dicho todo esto, que es tan reiterado como vigente, se remarcó la necesidad de que los estados no sólo firmen y ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Adicional, sino que deben ponerlos en práctica (¿cuántas veces nos ha salido ya esta palabra?) elaborando políticas y estrategias nacionales en materia de discapacidad en consonancia con la Estrategia Europea sobre Discapacidad de la Comisión Europea y la Estrategia Europa 2020.

Y este ha sido uno de los referentes internacionales de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, que lo recoge expresamente y reseña, de manera literal, que la motivación para la elaboración de la misma "se basa en

una serie de recomendaciones (diferentes resoluciones de la Asamblea General en aplicación del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, resoluciones del Consejo de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social del Consejo Económico y Social de la ONU, los Objetivos del Milenio -que destacan específicamente la necesidad de incluir el acceso de las personas con discapacidad en las medidas de erradicación de la pobreza lo mismo que en la educación-, etcétera) entre las que destacan:

- El Informe Mundial sobre la Discapacidad, de la Organización Mundial de la salud y el Banco Mundial (2011) en su Recomendación 3: "*Adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales sobre discapacidad": Una estrategia nacional sobre discapacidad presenta una visión consolidada e integral a largo plazo para mejorar el bienestar de las personas con discapacidad, y debería abarcar tanto las áreas de políticas y programas convencionales como los servicios específicos para las personas con discapacidad. La formulación, aplicación y vigilancia de una estrategia nacional deberían aunar a todo el espectro de sectores y partes interesadas".*

- La *Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras,* y su correspondiente *Plan Inicial de ejecución. Lista de tareas 2010-2015.*

- *El mandato genérico de la Resolución 16/15 del Consejo de Derechos Humanos relativa al papel de la cooperación internacional para la puesta en marcha de los derechos de las personas con discapacidad, de la Resolución 65/185 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la realización de los objetivos de desarrollo del milenio para las personas con discapacidad hasta 2015 y después de esta fecha, así como la 64/154 relativa al cumplimiento de la Convención y de su Protocolo facultativo".*

Para Luis Cayo Pérez-Bueno, Presidente del CERMI, "el proyecto –la EED- supone una mejora respecto a lo que hay, pero todo va muy lento y todavía se

tiene que avanzar mucho". La Unión Europea, en su opinión, "carece de unas competencias claras para entrar a regular determinadas políticas sociales, que, se supone, son tarea de los Estados", por lo que sugiere un replanteamiento de los tratados de la Unión en lo que respecta a los derechos de las personas con discapacidad y que al final se consiga una misma ley para todos los países. Según sostiene, la situación actual provoca desigualdades ya que, por ejemplo, la legislación alemana contempla para el colectivo la gratuidad de los peajes en las autopistas, una ventaja ausente en las leyes españolas y en las de otros estados miembros.

El 30 de marzo de 2007 la Comisión firmó la Convención en nombre de la Unión Europea, para lo que fue autorizada mediante la *Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo (COM(2007)0077)*.

Como bien ha sistematizado Ana Sastre, la Convención abarca ámbitos de competencia exclusiva de la UE y ámbitos de competencia compartida con los Estados miembros. En el ámbito de la Comisión, el Grupo de Alto Nivel sobre Discapacidad (HLGD) ha identificado siete áreas en las que la colaboración a nivel europeo pudiera ser de gran utilidad para la correcta implementación de la Convención: la accesibilidad, la capacidad jurídica, el acceso a la justicia, la vida independiente, el derecho al voto, los mecanismos de seguimiento y el "empoderamiento" de la persona con discapacidad.

La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras se configura como una herramienta con medidas concretas orientadas a contribuir a la correcta implementación, tanto a nivel comunitario como nacional, de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

La Estrategia prevé que sea el mencionado HLGD quien actúe como órgano de coordinación y dinamización de la misma, si bien desde el movimiento asociativo de la discapacidad se considera que podría ser esencial la creación

de una estructura permanente, a un nivel jerárquico adecuado para que le permita coordinar “intrainstitucionalmente” y de forma transversal la implementación de la Estrategia, considerándose necesaria la implicación del Parlamento más allá del ámbito de sus funciones, como órgano de supervisión del cumplimiento de lo dispuesto en la Convención.

La personalidad jurídica de la Unión Europea tiene su mayor expresión en la política exterior, al convertirse en una voz única para promover los valores e intereses de la UE a escala internacional y la Política Exterior de Seguridad Común concede a los derechos humanos un papel esencial al considerar que su respeto es la mejor manera de garantizar la paz y el orden mundial.

Si hay ochenta millones de europeos con discapacidad que pueden tener obstáculos que les dificulten o impidan realizar actividades tan cotidianas y simples como coger un tren, ver la televisión, disfrutar del cine, manejar su propio dinero o votar, hay ochenta millones de razones para hacer que esto cambie y se mantenga para siempre, con las herramientas, nuevas o no tan nuevas que surjan de la EED y todos los proyectos, planes o nuevas estrategias nacionales que la complementen, de las que ya son buenos ejemplos tanto la española como la del Reino Unido.

2. Ámbitos de actuación

En el proceso de elaboración de la EED, se contó con la aportación de todos aquellos que expresaron su opinión en una consulta pública sobre la preparación de la misma, cumplimentando un cuestionario donde se recogían datos y opiniones sobre los problemas de las personas con discapacidad y la manera de resolverlos. Todas las respuestas procedentes de ciudadanos, organizaciones, empresas, mundo académico y otros interesados se tuvieron en cuenta para evaluar la inclusión de distintas opciones relativas a la acciones que podían incluirse en la nueva estrategia, versando las preguntas, primeramente, sobre algunos datos personales para identificar su “relación” con la discapacidad y sobre los temas o áreas que debían recogerse en ella, reseñando el papel que se consideraba que tendrían diversas instituciones

(UE, gobiernos nacionales, regionales o locales, ONGs, sector privado) para contribuir a mejorar la situación actual de cara a garantizar la libertad y la dignidad, la protección social, el empleo, la educación, la sanidad, la vida cultural, el ocio, el deporte, la participación política, la libre circulación, la vida independiente o la accesibilidad a todos los entornos de las personas con discapacidad.

La EED se centra en la **supresión de barreras** pero, de inicio, señala que su objetivo general "es **capacitar** a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único".

Para ello, y con el fin de lograr la coherencia que señala como motor de la consecución de dicho objetivo y de asegurar una puesta en práctica efectiva de la Convención en toda la UE, la EED "identifica medidas a escala de la UE complementarias a actuaciones nacionales y determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención en la Unión, sin olvidar las propias instituciones de la UE. También expone el apoyo que se necesita para la financiación, la investigación, la sensibilización, la recopilación de datos y la elaboración de estadísticas".

La Comisión ha identificado y plasmado en la EED "ocho ámbitos primordiales de actuación: **accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior**. Estos ámbitos se eligieron por su potencial para contribuir a los objetivos generales de la Estrategia y la Convención (…)", y se definen, se fundamentan y se concretan, fijándose fechas probables para su ejecución en la Lista de Acciones 2010-2015 (primer período de aplicación, ya que se controlan y actualizan periódicamente) que acompaña a la EED y que supera las 100 acciones en los ámbitos de actuación citados, sin computar las propias de los instrumentos generales de aplicación previstos ni las destinadas al cumplimiento en la UE con las obligaciones que recoge la Convención, que también se detallan.

Sin ánimo exhaustivo, y de forma sintética, este sería el planteamiento por áreas de actuación:

1. ACCESIBILIDAD

El objetivo específico es prevenir, identificar y eliminar los obstáculos y barreras de acceso. Las áreas clave incluyen el entorno construido, el transporte y la información y la comunicación, incluyendo tecnologías y servicios.

De entre las acciones clave cabe destacar la preparación de una Ley europea de accesibilidad o la instauración de un premio europeo de ciudades accesibles que ganó en su primera edición, el año pasado, Avila, y en la edición de 2011, Salzburgo, a propósito de lo cual, Viviane Reding, Comisaria de la UE responsable de Justicia, en la entrega del premio a esta última ciudad, comentó que "el Premio Ciudad Accesible ayuda a destacar y promover las buenas prácticas en toda Europa, en un momento en que el envejecimiento de la población está tornando la accesibilidad para todos en una necesidad. La accesibilidad puede ser un estímulo para la innovación y el crecimiento económico, lo que resulta particularmente pertinente en el clima económico actual. Me gustaría que contásemos con una Ley europea de accesibilidad y tengo la intención de presentar una propuesta en este sentido a finales de 2012".

2. PARTICIPACIÓN

El objetivo específico es garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y sus familias y la participación en todos los aspectos de la vida social y económica, como el ejercicio del derecho a la libre circulación y la residencia, la elección de dónde y cómo vivir y el acceso completo a actividades culturales, recreativas, de esparcimiento y actividades deportivas.

De entre las acciones clave, se pueden destacar, además de estudiar las implicaciones de un reconocimiento mutuo de las tarjetas de discapacidad y los

derechos relacionados con ello, la implantanción plena del “voto” accesible en todos sus ámbitos, o la promoción de buenas prácticas en materia de formación de los funcionarios públicos en cuanto a informar a las personas con discapacidad, la extensión del uso de la lengua de signos en los organismos oficiales y la mejora del uso del modelo europeo de tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad o la optimización del uso de los Fondos Estructurales para apoyar el desarrollo de servicios comunitarios.

3. IGUALDAD

El objetivo específico es promover y proteger la dignidad inherente de las personas con discapacidad, luchar contra todas las formas de discriminación por motivos de discapacidad, y asegurar que las personas con discapacidad tienen, en igualdad de condiciones con los demás, todos los derechos y libertades fundamentales.

De las acciones clave, podría reseñarse especialmente el uso del programa *Progress* existente para apoyar las actividades nacionales destinadas a combatir la discriminación y promover la igualdad y, por supuesto, el apoyo a la negociación en el Consejo de la propuesta de Directiva sobre la igualdad de tratamiento más allá de la esfera del empleo, pero también en el empleo.

4. EMPLEO

El objetivo específico es mejorar la situación laboral de las mujeres y hombres con discapacidad a través del reconocimiento de su derecho al trabajo, incluido el derecho a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles.

Las acciones clave en este punto pasan por las fórmulas de sensibilización social, incorporación de módulos específicos en las encuestas de empleo, información de medidas positivas en la contratación de personas con discapacidad, apoyo a proyectos empresariales innovadores, etc, pero es de

destacar el de animar a los empresarios a comprometerse con las políticas de diversidad en el lugar de trabajo.

5. EDUCACIÓN Y FORMACIÓN

El objetivo específico es asegurarse de que las personas con discapacidad reciben el apoyo necesario, dentro del marco general del sistema educativo, para facilitar su formación y apoyo personalizado y efectivo para conseguir maximizar el desarrollo académico y social, coherente con el objetivo de la plena inclusión.

Y aquí las acciones clave no hablan sólo de “cantidad”, sino de “calidad”, entendiendo que se han de eliminar barreras y se ha disponer de datos estadísticos fidedignos, pero no sólo con el fin de que más personas con discapacidad accedan a la educación en todos sus niveles, sino en las mejores condiciones para obtener así los mejores resultados.

6. PROTECCIÓN SOCIAL

El objetivo específico es el de garantizar condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad a través de acceso a servicios sociales, los sistemas de protección y los programas de reducción de la pobreza o los programas de vivienda pública, por lo que las acciones clave inciden en, por ejemplo, hacer que se aborde la discapacidad en las revisiones de la legislación en materia de pensiones.

7. SALUD

El objetivo específico es asegurarse de que las personas con discapacidad tengan igual acceso a la atención sanitaria, incluyendo la prevención, en las mismas condiciones de calidad, de ahí que resalten, entre las acciones clave, las de apoyar el desarrollo de políticas para mejorar la calidad de la atención médica y rehabilitación para las personas con discapacidad o fomentar la

telemedicina y promover servicios modernos de salud mental y centros de atención a largo plazo.

8. ACCIÓN EXTERIOR

El objetivo específico es promover los derechos de las personas con discapacidad dentro de un más amplio y no discriminatorio enfoque en la acción exterior de la UE, incluyendo el proceso de ampliación y el desarrollo de programas, por lo que se incide en las acciones de cooperación o en la asistencia en caso de desastres naturales o conflictos bélicos.

En las Conclusiones del Consejo sobre el apoyo a la aplicación de la EED 2010-2020 (2011/C 300/01), “acogen favorablemente la adopción, por parte de la Comisión Europea, de su Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 y toman nota de los documentos de trabajo de los Servicios de la Comisión que la acompañan, y esperan con interés cooperar en la lista de medidas que constituye un plan inicial para aplicar dicha Estrategia”.

El Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión, de conformidad con sus respectivas competencias, y en consonancia con los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y mejora de la legislación, a que sigan avanzando en los ocho ámbitos de actuación mencionados mediante la adopción de las medidas necesarias y adecuadas, incluidas, entre otras, algunas de carácter general y otras específicas en cada ámbito de actuación (accesibilidad a todos los bienes y servicios, garantizar la participación en las elecciones europeas, etc.).

El Consejo también invita a los Estados miembros a consultar a las personas con discapacidad y propiciar activamente su participación, inclusive a través de sus organizaciones representativas, en la elaboración y la aplicación de la legislación y las medidas que correspondan cuando apliquen la Convención de las Naciones Unidas, y en el proceso de seguimiento.

Y, finalmente, también invita a la Comisión a apoyar mediante las diferentes actuaciones las posibles medidas que adopten los Estados miembros.

Así pues, la ***"Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras"*** presenta, sintéticamente, cómo la UE y los Gobiernos nacionales pueden impulsar y potenciar el papel de las personas con discapacidad para que estén en condiciones de ejercer efectivamente sus derechos.

Las medidas específicas previstas para la próxima década van, como ya se ha citado, desde el reconocimiento mutuo de las tarjetas de discapacidad nacionales hasta un uso más concreto de la contratación pública y de las normas sobre ayudas estatales, pasando por la promoción de la normalización, para, con ello, garantizar los servicios públicos de las personas con discapacidad y conseguir su plena participación en la Unión Europea, fijando unos objetivos para hacerla posible. A su vez, también se plantea la erradicación de la discriminación por cuestión de discapacidad y de la igualdad en los ingresos laborales, así como unas condiciones de vida dignas y una igualdad de acceso en la sanidad, finalizando con la promoción de los derechos de las personas con discapacidad en el mundo a través de su Acción Exterior.
Y como ya han advertido varios estudiosos y expertos en el tema, estas medidas generarían grandes beneficios sociales, pero también deberían tener un efecto directo en la economía europea con la implantación masiva del uso de dispositivos y servicios asistidos, por lo que, entre las medidas que acompañan a esta EED está la de elaborar una **Ley europea de accesibilidad**, de cara al desarrollo del mercado único de productos y servicios accesibles.

En la sesión de trabajo celebrada el 4 de febrero de 2011 en Madrid en la sede de la Comisión y el Parlamento Europeo, organizada por el CERMI, cuyo título era "Políticas de discapacidad de la UE: la nueva Estrategia 2010-2020", y que contó con la participación de ponentes de las Administraciones nacionales y europeas y del sector asociativo, el CERMI adoptó 10 conclusiones, de entre

las que cabe destacar las siguientes, por la valoración implícita que incorporan de la EED:

- La Estrategia Europea de Discapacidad se desarrolla en las ocho áreas siguientes: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Desde el CERMI reclamamos que se tengan en cuenta otros aspectos esenciales para el sector de la discapacidad y no abordados, especialmente la perspectiva de género, la discriminación múltiple y la contratación pública.

- Por lo que respecta a la gobernanza, es fundamental que la Comisión Europea formule cuanto antes su "*propuesta para el establecimiento de un marco para la promoción, protección y monitoreo de la implementación de la Convención*", anunciada para este 2011, sobre la cual desde el CERMI consideramos esencial contar con un mecanismo potente y efectivo, más allá del actual *Grupo de Alto Nivel*. Nuestra propuesta sería una suerte de *"Comité Europeo de la Discapacidad"*, cuyas principales funciones se centrasen en i) garantizar la correcta trasposición y aplicación de la Convención al ordenamiento jurídico de la UE y sus procesos de desarrollo de políticas; ii) incorporar la perspectiva de la discapacidad en todas las políticas de la UE; iii) asegurar que los índices de empleo e inclusión social de las personas con discapacidad en la UE alcancen los mismos niveles que en el caso de las personas sin discapacidad y iv) garantizar la participación de las organizaciones de personas con discapacidad en el desarrollo de políticas europeas relativas a la discapacidad.

- El CERMI aplaude la propuesta, incluida en la Estrategia, de Ley Europea de Accesibilidad, prevista para 2012-2013. En este sentido, valoramos muy positivamente la intención de la Comisión Europea de realizar un estudio de evaluación del impacto. Desde el sector social de la discapacidad ofrecemos toda nuestra experiencia, conocimiento y colaboración activa al servicio de esta acción. Creemos que en este marco debería tenerse presente el análisis sobre los costes/beneficios

de la discapacidad, es decir, considerar los fondos dedicados a la accesibilidad y a la inclusión de las personas con discapacidad, como una inversión y no un gasto. Asimismo, es esencial la recopilación de datos estadísticos, ya que de la obtención de datos y cifras convincentes dependerá la adopción de una legislación europea eficaz en este ámbito.

- Es importante tener presente que la Estrategia Europea de Discapacidad se desarrollará en un marco de retos importantes que dificultarán y ralentizarán su desarrollo: la crisis económica; los cambios demográficos, la globalización y el aumento de la pobreza. En este sentido, es fundamental, conseguir que las nuevas perspectivas financieras para el periodo 2014-2020 asignen los fondos necesarios a la política de discapacidad, para lo cual los reglamentos que regularán los nuevos fondos estructurales para ese periodo deben incluir la inclusión de las personas con discapacidad y la aplicación de la Convención entre sus prioridades.

- Debe potenciarse el intercambio de buenas prácticas entre los países europeos en los ámbitos de aplicación de la Estrategia, y al respecto es importante exportar las iniciativas de nuestro país en beneficio de las personas con discapacidad y sus familias en ámbitos tan importantes como la aplicación y seguimiento de la Convención, o la legislación en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.

3. La EED y la realidad española

Si hemos sido capaces de asimilar todo lo visto hasta ahora, llega el momento de acercarse a la realidad actual y, tanto en el marco de la EED y su proyección de futuro para el período de tiempo que abarca, como respecto de los avances conseguidos hasta ahora en nuestro entorno nacional, se hace necesario, nuevamente sin ánimo exhaustivo pero sí amplio, recoger parte de las reflexiones que el Comité de Derechos Humanos de la ONU hace, tras el examen a que fue sometida España en Ginebra, en septiembre pasado, con

motivo de la presentación del preceptivo informe sobre el cumplimiento de la Convención. Y ello porque marcará parte del rumbo que hemos de seguir y que se incardina, en muchos aspectos, dentro de los objetivos de la EED, si bien es cierto que algunas de las "recomendaciones" hechas no se consideran fundadas ni por los componentes de la delegación española ante el Comité ni por los profesionales y responsables administrativos de las distintas materias, que consideran que se ofrecieron respuestas concretas y contrastables en muchos casos, ni están "resueltas" en los países de la UE con la Convención en la mano, y ejemplos de ellos son el ejercicio del derecho al voto, la capacidad jurídica o modificación de la capacidad de obrar, el internamiento involuntario o la educación inclusiva, campos en los que cabría plantearse la búsqueda de soluciones "comunes" por parte de la UE.

El Comité felicita a España en sus observaciones finales por los progresos hechos en muchos sectores relacionados con los derechos de las personas con discapacidad, entre los que cabe destacar:

- La aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto de 2011, sobre la adaptación de las normas a la Convención, la modificación de reglamentos y de varias leyes en respuesta a la Convención, y la adopción de importantes medidas positivas en los sectores de la salud, la vivienda y el empleo y en otras esferas.

- La adopción del III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad **,** que aborda la discapacidad teniendo en cuenta el género, así como la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad, 2008-2012, incluido su primer plan de acción, que abarca el período 2008-2010.

- La adopción de la ya Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020, que incluye objetivos a corto plazo y a plazo medio.

- El Comité felicita a España por el alto porcentaje (78,35%) de matriculación de niños con discapacidad en el sistema de educación

tradicional y por los esfuerzos hechos para mantener la financiación de los programas para las personas con discapacidad en tiempos de crisis económica. A este respecto, España está dando un ejemplo muy importante de cumplimiento de la finalidad del artículo 4, párrafo 2, de la Convención. El Comité acoge también con beneplácito el compromiso del Estado parte de evitar la reducción de la asistencia social.

El Comité es consciente de los esfuerzos hechos por España para reforzar su compromiso con las personas con discapacidad en los últimos años pero **establece una serie de motivos de preocupación y recomendaciones** que, sin duda, serán tenidos muy en cuenta en la agenda de los gestores de la discapacidad. Y será en la próxima conclusión de dicho Comité, cuando evalúe el siguiente informe que España deberá presentar antes del 3 de diciembre de 2015, cuando también se podrá comprobar la efectividad de las herramientas recogidas en la EED y en la Estrategia Española en la lucha por integración y la igualdad de las personas con discapacidad.

De entre los “peros” que el Comité pone a España, merecen especial mención los siguientes, a pesar de las “completas” respuestas ofrecidas por la delegación española, como bien resalta el propio Comité:

A. Principios generales y obligaciones (artículos 1 y 4)

- El Comité deplora la falta de información sobre la eficaz participación de las personas con discapacidad y de sus representantes en las organizaciones que los representan a nivel regional en los procesos de elaboración de las disposiciones legislativas, de las políticas y de la adopción de decisiones y en los procesos de evaluación de su aplicación, así como la falta de información sobre la participación de los niños con discapacidades en todos los niveles.

- El Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas específicas para asegurar la participación activa de las personas con discapacidad

en los procesos públicos de adopción de decisiones a nivel regional, así como para incluir a niños con discapacidad en todos los niveles.

- El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente.

B. Derechos específicos (artículos 5 a 30)

Igualdad y no discriminación (artículo 5)

- El Comité expresa su preocupación por la falta de información sobre un ajuste razonable. También le preocupa que, en la práctica, la discapacidad afecte a la patria potestad de los padres sobre sus hijos o a la guarda de los hijos por sus padres, y que su protección jurídica contra la discriminación por motivos de discapacidad no sea jurídicamente exigible en casos de discriminación por razón de discapacidad percibida o de asociación con una persona con una discapacidad.

Mujeres con discapacidad (artículo 6)

- El Comité recomienda al Estado parte que elabore y desarrolle estrategias, políticas y programas, especialmente en los sectores de la educación, el empleo, la salud y la seguridad social, para promover la autonomía y la plena participación de las mujeres y de las niñas con discapacidad en la sociedad, así como para combatir la violencia contra ellas.

Niños y niñas con discapacidad (artículo 7)

- El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos por promover y proteger los derechos de los niños con discapacidad y emprenda investigaciones sobre la violencia contra los niños con

discapacidad, adoptando medidas para erradicar esa violación de sus derechos.

Toma de conciencia (artículo 8)

- El Comité insta al Estado parte a que tome medidas proactivas para mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general.

Accesibilidad (artículo 9)

- El Comité recomienda que se proporcionen lo antes posible recursos financieros y humanos suficientes para aplicar la legislación sobre la accesibilidad, así como para promover y vigilar su cumplimiento, mediante la adopción de medidas nacionales y la cooperación internacional.

Derecho a la vida (artículo 10)

- El Comité solicita al Estado parte que vele por que se obtenga el consentimiento, otorgado con conocimiento de causa, de todas las personas con discapacidad en todas las cuestiones relativas al tratamiento médico, especialmente la retirada del tratamiento, de la nutrición o de otros medios de sustentación de la vida.

Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 11)

- El Comité insta al Estado parte a que revise sus leyes y políticas en materia de situaciones de emergencia con el fin de incluir disposiciones que garanticen la seguridad y la protección de las personas con discapacidad.

Igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12)

- El Comité recomienda al Estado parte que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Se recomienda, además, que se proporcione formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes.

Libertad y seguridad de la persona (artículo 14)

- El Comité recomienda al Estado parte que revise sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado.

Protección de la integridad personal (artículo 17)

- El Comité insta al Estado parte a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención.

Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19)

- El Comité alienta al Estado parte a que vele por que se proporcione una financiación adecuada para que las personas con discapacidad puedan, de forma efectiva, disfrutar de la libertad de elegir su residencia en pie de igualdad con los demás, tener acceso a toda una serie de servicios comunitarios en su domicilio o en residencias y a otros servicios para la vida cotidiana, incluida la asistencia personal, y disfrutar así de un ajuste razonable a fin de integrarse mejor en sus comunidades.

- El Comité alienta al Estado parte a ampliar los recursos para asistentes personales a todas las personas con discapacidad, en función de sus necesidades.

Educación (artículo 24)

- El Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos por proporcionar a los alumnos un acomodo razonable en la educación, asignando recursos financieros y humanos suficientes para aplicar el derecho a la educación integradora, prestando especial atención a la evaluación de la disponibilidad de profesores con calificaciones especializadas y velando por que los departamentos de educación de las comunidades autónomas comprendan las obligaciones que les impone el Convenio y actúen de conformidad con las disposiciones de este.

Derecho al trabajo (artículo 27)

- El Comité recomienda al Estado parte que elabore programas abiertos y avanzados para aumentar las oportunidades de empleo de las mujeres y los hombres con discapacidad.

Participación en la vida política y pública (artículo 29)

- El Comité recomienda que se revise toda la legislación pertinente para que todas las personas con discapacidad, independientemente de su deficiencia, de su condición jurídica o de su lugar de residencia, tengan derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás. El Comité pide al Estado parte que modifique el artículo 3 de la Ley orgánica Nº 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar. Además, se recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales.

C. Obligaciones específicas (artículos 31 a 33)

Recopilación de datos y estadísticas (artículo 31)

- El Comité recomienda al Estado parte que sistematice la recopilación, el análisis y la difusión de datos desglosados por sexo, edad y discapacidad; que desarrolle la capacidad a este respecto, y que prepare indicadores que tengan en cuenta el género para contribuir a la elaboración de disposiciones legislativas, a la formulación de políticas y al reforzamiento institucional a fin de supervisar los progresos realizados en la aplicación de las diversas disposiciones de la Convención y para preparar informes al respecto.

Seguimiento y difusión

- El Comité pide al Estado que aplique las recomendaciones formuladas por el Comité en las observaciones finales, que las transmita, para su examen y la adopción de medidas, a los miembros del Gobierno y del Parlamento, a los funcionarios de los ministerios competentes y a los miembros de los grupos profesionales pertinentes, así como los profesionales de la educación, de la medicina y del derecho, a las

autoridades locales y a los medios de información, utilizando las estrategias de comunicación social modernas.

4. Desafíos y conclusiones

En la intervención que Rafael de Lorenzo hizo en la Jornada que se celebró en Alicante el pasado 2 de noviembre sobre “La política sobre discapacidad en el horizonte 2020”, sobre los desafíos de esta década para la discapacidad, aunque siempre condicionados en España por nuestra pertenencia a la UE, distinguió entre las amenazas que se cernían sobre los avances en materia de discapacidad en el plano internacional en sentido amplio, en el concreto de la UE y, específicamente, en el plano nacional.

En el plano internacional, expresaba su pesimismo por las políticas gubernamentales llevadas a cabo hasta ahora, con menos efectos prácticos de los deseados, apuntando también la poca fuerza real, en general, del movimiento asociativo (“mucho ruido y pocas nueces”, decía), destacando entre los retos que se tenían por delante la utilización de los instrumentos de la cooperación al desarrollo para ayudar a los países que más lo necesitan y el desarrollo de la Convención, entendida como punto de partida, para conseguir ese efecto transformador de las sociedades.

En el contexto de la UE, planteaba como uno de los grandes retos a abordar de manera inminente el de creación de un modelo de *Europa social*, principalmente dirigida a lograr la tasa de empleo para las personas con discapacidad que se recoge en la Estrategia Europa 2020, criticando la falta de rumbo y de liderazgo de la UE y resaltando el necesario impulso que necesita el diálogo civil entre los poderes públicos y el Tercer Sector.

Y ya en concreto, en el plano nacional, además de la crisis actual, ponía de relieve la incidencia que tenía en el ámbito social la existencia de diferencias y distintos ritmos de desarrollo socioeconómico entre las comunidades autónomas, pese a los grandes avances experimentados en los últimos años. Por eso, además del reto externo del movimiento asociativo de la discapacidad

de seguir estando presente y participativo en la política interna española, su reto interno consistía en ser el motor de sus propias decisiones y tomar sus propias iniciativas. Y todo ello para conseguir evitar retrocesos en conquistas sociales, gracias a la adaptación legal de la Convención, a la extensión de acciones políticas con enfoque de derechos humanos, a la adaptación a los cambios demográficos y médicos que inciden en la evolución de las discapacidades (y de la dependencia), al reequilibrio del impacto del desempleo en las personas con discapacidad, reforzando las políticas activas de empleo y afrontando directamente la eliminación de barreras de accesibilidad en todos los campos.

Miguel Ángel Cabra de Luna, sin ánimo quizá tan pesimista, e incidiendo en cuestiones tan técnicas como concretas, ya decía tras la publicación de la EED que "(…) el camino hacia la efectiva implementación de la Estrategia no se augura sencillo. En primer lugar, no debemos perder de vista el hecho de que este texto es únicamente una Comunicación. No se trata, pues, de un instrumento jurídicamente vinculante, por lo que va resultar necesario poner presión en la UE, pero sobre todo en los Estados miembros, y en nuestro caso en el Gobierno de España, para que los proyectos que se esbozan en la misma puedan llegar a ser una realidad: el horizonte temporal de su efectiva aplicación es una década y a muchas de sus iniciativas aún les queda un largo camino por recorrer. Además, la Estrategia se presenta en un momento delicado desde el punto de vista económico (…)".

Pero, y con esta última reflexión nos quedamos, que ni el largo camino que falta por andar ni la escasez de medios nos hagan dar "ni un paso atrás" y, con la colaboración de instituciones y Estados miembros de la UE, del Tercer Sector y de la sociedad en general, podamos seguir hablando de los avances en la construcción de una Europa para todos libre de barreras.

Bibliografía

Artículos, publicaciones, estudios, trabajos y ponencias en general de Ana Sastre, Ana Peláez, Rafael de Lorenzo, Antonio Jiménez Lara, Miguel Ángel Cabra de Luna, Inmaculada Placencia-Porrero y Luis Cayo Pérez-Bueno.

LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS AJUSTES RAZONABLES

Luis Cayo Pérez Bueno

Presidente del
Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)
presidencia@cermi.es
www.cermi.es

Presidente de la Fundación Derecho y Discapacidad

A Miguel Ángel Cabra de Luna

Índice

1. **Concepto de ajustes razonables**
   - **a.** El juego de la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables.
   - **b.** Los ajustes razonables como garantía y como límite a los derechos de las personas con discapacidad a la participación comunitaria y la accesibilidad universal.
   - **c.** El carácter de razonable de los ajustes.
   - **d**. Noción de ajustes razonables y elementos constitutivos.

2. **La regulación de los ajustes razonables en el Derecho europeo**

3. **Los ajustes razonables en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.**

4. **La regulación de los ajustes razonables en el Derecho español**
   - **a.** En la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y en sus disposiciones normativas complementarias y de desarrollo.
   - **b**. En la esfera del empleo y la ocupación.

5. **Pronunciamientos judiciales sobre ajustes razonables**

6. **El conveniente desarrollo reglamentario de los ajustes razonables**

Bibliografía

1. Concepto de ajustes razonables

En los últimos decenios, en diversas partes del mundo, las políticas y las legislaciones sobre discapacidad, en una progresión aún no culminada, al menos en España, han ido adoptando progresivamente un enfoque de derechos, de derechos humanos de las personas con discapacidad, abandonando modelos, postulados y principios informadores, considerados como periclitados, como el de la rehabilitación y el asistencialismo, vigentes durante largos periodos, que se ha entendido se compadecen mal con la dignidad inherente a toda persona, incluida la que presenta una discapacidad, y con su derecho inalienable a decidir y gobernarse por sí misma y a ser incluida en pie de igualdad en la comunidad de su pertenencia. En este renovado enfoque político-normativo, se insertan tres dispositivos cruciales para la efectividad de los derechos que propugna ese modelo, que son, a saber: la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables. Este nuevo enfoque de derechos ha tenido su plasmación jurídica, a escala mundial, en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. En el ámbito europeo y español, esa visión también ha tenido crecientemente su reflejo en los últimos años, por medio de una serie de disposiciones normativas propias, hecho que se ha reforzado al haber celebrado y ratificado, tanto la Unión Europea como el Reino de España, respectivamente, el citado tratado internacional.

a. El juego de la accesibilidad universal, el diseño para todas las personas y los ajustes razonables

Es un hecho comprobado que el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad se haya condicionado por el grado de accesibilidad de los entornos, entendidos en el sentido más amplio posible, donde estos han de verificarse. En función de si un entorno reúne o no condiciones de accesibilidad, un mismo derecho reconocido normativamente, podrá ejercitarse o no por una persona, dependiendo de si esta presenta o no una discapacidad. En el caso de la persona con discapacidad, se requiere, para el disfrute del

derecho, que el entorno sea accesible, a guisa de presupuesto determinante; de lo contrario, el derecho y la posibilidad de ejercerlo se verá imposibilitada o mermada en gran medida, quedando la persona en una posición de desigualdad por vulneración los derechos que posee como persona. La ausencia de accesibilidad, que frustra de ordinario el ejercicio regular de los derechos a las personas con discapacidad, se reputa en este sistema como discriminación que atenta contra la igualdad y por ende ha de ser prohibida, y las situaciones de hecho que la desencadenan, erradicadas. Surge así la accesibilidad universal como propósito de la acción pública en materia de discapacidad y como obligación normativa, puesto que la concurrencia o no de accesibilidad en los distintos entornos en los que se efectúa el desarrollo de la personalidad y se despliega la vida en comunidad constituye un condicionante para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La accesibilidad universal[100] se proyecta doblemente, a saber: ha de extenderse a todos los entornos relevantes para el ejercicio regular de los derechos, y se predica de todas las personas, incluidas aquellas que presentan una discapacidad. La vocación de universalidad consiste precisamente en esa duplicidad de objetivos. Así concebida, la accesibilidad universal adquiere rango de obligación normativa establecida como tal por las legislaciones de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Estrechamente unido al dispositivo de accesibilidad universal, se halla el de diseño para todas las personas[101]. Los entornos, en esa concepción amplia que se viene utilizando en este artículo, serán accesibles si desde el origen se conciben, se proyectan, se planifican, se implantan y funcionan con arreglo a pautas que permitan su uso y empleo en la mayor extensión posible por el mayor número de personas, incluidas, ni que decir tiene, las personas con

[100] En el Derecho español, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre define la accesibilidad universal (artículo 2 c) como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse".

[101] La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, ofrece esta noción de diseño para todas las personas: "La actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible" (artículo2 d).

discapacidad. Esta actividad de diseñar *ab initio* en clave de satisfacción de las necesidades y requerimientos de todas las personas se erige en presupuesto de eficacia de la accesibilidad universal, a la que precede y con la que está íntimamente ligada.

Finalmente, están los ajustes razonables. A pesar de la vigencia normativa de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, es un hecho comprobado que no siempre esos dispositivos terminarán produciendo en todo momento y situación entornos accesibles posibilitadores del ejercicio regular de los derechos de las personas con discapacidad. Bien porque la consecución de la accesibilidad universal es un objetivo muchas veces arduo, oneroso y en todo caso de largo plazo (se parte de entornos preexistentes estructural y consolidadamente no accesibles que para ser transformados, si son aptos para ello, requieren de tiempos dilatados), bien porque el diseño para todas las personas no termina de satisfacer todas las necesidades de todas las personas con discapacidad, pues la casuística es innumerable y no todo puede ser previsto y solventado de antemano sobre la base del diseño. Para esas situaciones en las que los dispositivos de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, de alguna manera, fracasan, por no lograr su objetivo declarado, entrar a operar los ajustes razonables, cuya noción, configuración y regulación constituyen el fin de este artículo.

b. Los ajustes razonables como garantía y como límite a los derechos de las personas con discapacidad a la participación comunitaria y la accesibilidad universal

En el juego múltiple y recíproco de la accesibilidad universal, del diseño para todas las personas y de los ajustes razonables, estos últimos despliegan dos funciones nítidamente perceptibles, que pudieran parecer contradictorias una con otra, pero que a la postre se complementan. Por una parte, los ajustes razonables son una garantía al derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en tanto en cuento su ausencia, su no realización, comportaría una discriminación para el caso particular, en el que la persona con discapacidad ha de contar con la adecuación específica del entorno a sus

necesidades individualizadas, ya que este es el único modo de asegurar la integridad de su derecho de acceso o a la participación comunitaria en condiciones equiparables de igualdad al resto de personas, si se sigue el esquema de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, o al gozo y disfrute de todos sus derechos, si se sigue el esquema de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como se verá más adelante. Los ajustes razonables constituyen, en esta primera dimensión, un mecanismo de garantía del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, por cuanto permiten, en casos concretos, asegurarlo cuando el dispositivo genérico de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas cesa, no alcanza a la situación particular que experimenta la persona con discapacidad. Ante el fracaso garantista, valga la expresión, de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, que ha de gozar de precedencia y preferencia, se despliegan los ajustes razonables, que aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos, resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea, dotándolas de garantías de no discriminación y accesibilidad. En este sentido, cabe aseverar, sin desmedro de su valor para estos casos últimos y extremosos, que en el esquema general de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables son subsidiarios, operan en defecto de la accesibilidad universal y sus correlatos, que representarían la garantía reforzada o de primer grado. Los ajustes razonables, garantía menos plena o de segundo grado, están concebidos para ofrecer aseguramientos del derecho a la igualdad en casos particulares cuando los mecanismos reforzados no resultan eficaces. Este dibujo general del juego entre la accesibilidad universal (comprendido el diseño para todas las personas) y los ajustes razonables, parte del presupuesto irrenunciable de que al ser estos algo subsidiario, un mecanismo de protección y solución *in extremis*, que ofrece salidas aceptables a situaciones particulares, el dispositivo reforzado previo ha de ser lo más amplio e intenso posible. Como afirma con acierto PALACIOS (2005), la

regulación de las condiciones de no discriminación y de accesibilidad universal ha de abarcar el máximo número de ámbitos y ha de garantizar un ejercicio máximo del derecho. Allí donde no despliegue efectos o estos sean muy atenuados esta centralidad, en la periferia no suficientemente protegida, entrarán en función los ajustes razonables, que han de estar dirigidos a salvar el máximo de situaciones particulares posibles. Hasta aquí el denominado elemento garantista de los ajustes razonables.

Por otra parte, estaría el elemento de límite al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. En esta dimensión, los ajustes razonables son un reconocimiento tácito de que en el proceso de creciente inclusión de las personas con discapacidad aún hay zonas de sombra en lo referido a la integridad de sus derechos. Los distintos ordenamientos jurídicos renuncian implícitamente a una protección completa contra la discriminación y la no accesibilidad de las personas con discapacidad, al asumir que habrá esferas en que esa garantía no se producirá en todo momento y para todas las situaciones. Esto es así porque los ajustes, que ya son un dispositivo de protección de segundo grado o menos pleno, que despliega efectos cuando fracasa el dispositivo de accesibilidad universal y su presupuesto el diseño para todas las personas, como se anotaba más arriba, no operan siempre. En su propia naturaleza llevan su limitación. No existe la obligación de realizar todo tipo de ajustes, lo cual aun subsidiariamente significaría que hay voluntad de garantizar todas las situaciones particulares en las que el ejercicio de un derecho está en duda, por falta de adecuación del entorno a las necesidades específicas, sino solo de verificar aquellos que son razonables, lo que restringe su virtualidad. El carácter de razonables, como se examinará a continuación, reduce el número de ajustes que aún siendo necesarios para la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad a través del ejercicio de un derecho, están amparados por la norma. Cuando, según esa propia norma, no son razonables, es decir, cuando imponen al sujeto obligado en primer término una carga excesiva o indebida o no son proporcionados, no constituyen un deber y por tanto no son exigibles. Al no ser razonables, deja de ser obligatoria su realización, aun a pesar de que de este modo el derecho de la persona con discapacidad se vea sacrificado. Al entender la disposición normativa que el

ajuste es exorbitante y que por tanto no cabe su exigibilidad, se disuelve la obligación y se opta por no satisfacer el derecho de la persona con discapacidad, que queda en situación de desamparo. Cabría preguntarse si esta renuncia a proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad es admisible ética y jurídicamente, pero lo cierto es que es un hecho, y que todas las legislaciones examinadas (internacional, europea y española) lo aceptan. Más allá de las dudas de toda índole que pueda suscitar esta admisión, en todo caso sí cabe exigir a las legislaciones en la materia que en la regulación de los elementos que conforman el carácter de razonable de los ajustes, se sea muy cuidadoso, de suerte que se abuse de la consideración de no razonable para ampliar el número de supuestos donde no resulta posible imponer la obligación de realizar ajustes. Sería una vía de escape rayana en lo fraudulento, que pondría aún más en entredicho esta falla de la institución.

c. El carácter de razonable de los ajustes

La institución de los ajustes razonables lleva en sí misma su propio límite. No todos los ajustes resultan obligados, solo procede imponer aquellos que sean *razonables*. Las personas con discapacidad pueden precisar adaptaciones o adecuaciones específicas del entorno para hacer posible el acceso o el ejercicio efectivo de sus derechos, más allá de las obligaciones generales de no discriminación y accesibilidad universal y hasta donde de sí el diseño para todas las personas, todo ello con el fin de situarlos en una situación de igualdad análoga a los restantes miembros de la comunidad. Mas no todas esas eventuales adaptaciones terminan siendo jurídicamente obligatorias, por más justas materialmente que puedan parecer, sino únicamente aquellas que sean razonables. El deber de realizar ajustes cesa en el momento en que los mismos no sean razonables con arreglo a una serie de criterios, que de ordinario la propia regulación concreta o meramente enuncia, que habrá que aplicar al caso particular suscitado.

La exigencia del carácter razonable de los ajustes se inscribe en un debate más amplio acerca de quién o quiénes y hasta dónde han de asumir responsabilidades para posibilitar el disfrute de los derechos de las personas

con discapacidad a la vida en comunidad, habida cuenta de que estas parten de situaciones de desigualdad generalizadas, estructurales y consolidadas, no imputables a ellas mismas, sino al entorno -se trataría de una suerte responsabilidad objetiva-, que es preciso ir modificando, en el sentido de hacerlos accesibles e inclusivos, en un período de tiempo dado. Desde el punto de vista de las personas con discapacidad y de sus organizaciones representativas, esa responsabilidad de cambiar un entorno excluyente debería ser total, absoluta e inmediata, en tanto constituye el cauce necesario para que ciertos hombres y mujeres, aquellos que presentan una discapacidad, puedan gozar de sus derechos en todas las situaciones y en una posición de igualdad que se considere ordinaria para la mayor parte de los miembros de la comunidad de que se trate. Si no fuera así, se estaría negando, impidiendo, debilitando o difiriendo en el tiempo los derechos de estas personas. Por el contrario, desde la óptica de lo que no son las personas con discapacidad, desde esa comunidad mayoritaria que excluye, cuyo sentir extendido hacen suyo los poderes públicos (legislativo y ejecutivo, especialmente), admitiendo que las personas con discapacidad están en posiciones de desigualdad y de discriminación que es menester eliminar, esa responsabilidad es relativa y en todo caso progresiva. Dado que transformar las condiciones del entorno preexistente para hacerlo accesible e inclusivo no es neutro, sino que tiene consecuencias, muchas de índole económica, que se perciben como una carga para los sujetos presuntamente obligados, el deber se hace selectivo y se difiere en el tiempo. Ya no se trata de imponer obligaciones a todos y para todo y con carácter inmediato, sino que se limita el deber, ora seleccionando los entornos posibles (no todos, solo los más relevantes para los derechos en cuestión y los que a su vez son más excluyentes) ora circunscribiendo los sujetos obligados (los que tienen carácter público, con preferencia o los que dispongan de una cierta entidad institucional o económica) ora difiriendo en el tiempo el deber (concediendo plazos más o menos largos para que la obligación se aplique, de modo que el impacto sea más llevadero). En este debate político-jurídico, en esta tensión dialéctica, que ha caracterizado la acción pública en materia de discapacidad en los últimos decenios, hay que inscribir la aparición de la institución de los ajustes razonables, en el que el

carácter razonable opera como un límite al deber general de transformar el entorno.

Aceptando, aunque sea a regañadientes para algunas personas, que cabe limitar la obligación de realizar ajustes a solo aquellos que sean razonables, se impone entonces determinar qué se entiende por tal concepto, pues esta consideración resultará decisiva para la propia funcionalidad de esta institución. En este punto, las distintas regulaciones positivas de los ajustes razonables (como más adelante se comprobará) no suelen ser muy prolijas. No es usual que ofrezcan un concepto legal de ese carácter de razonable, indicando meramente que desaparecerá esa nota cuando los ajustes supongan o comporten o una carga excesiva o indebida para el sujeto obligado. Algunas legislaciones, por ejemplo la europea o la española, conscientes de lo abierto del concepto y de la inseguridad que puede producir, agregan una serie de criterios orientadores para fijar cuándo hay que entender que la carga es o no proporcionada.

Esta inconcreción normativa a la hora de determinar si un ajuste es o no excesivo y por ende es o no razonable, refuerza la tarea de interpretación, lo que dará juego a los pronunciamientos judiciales, que irán configurando a base de resoluciones de esta clase, este instituto. Acaso este cierta ambigüedad calculada, que puede ser matizada con algunos desarrollos reglamentarios, sea la más acertada en tanto en cuanto la especificad inherente a los ajustes razonables presupone una casuística que desbordar cualquier previsión normativa.

d. Noción de ajustes razonables y elementos constitutivos

Sobre la base de los distintos aspectos examinados anteriormente, puede ofrecerse una noción aproximada de ajustes razonables, así como la identificación de sus elementos constitutivos debidamente enumerados.

Por ajustes razonables se entiende la conducta positiva de actuación del sujeto obligado por norma jurídica consistente en realizar modificaciones y

adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares que estas puedan encontrarse a fin de permitir en esos caso el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

De esta noción, cabe extraer los siguientes elementos constitutivos:

- Conducta positiva de actuación de transformación del entorno (*elemento fáctico de cambio*);
- Transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (*elemento de individualización y satisfacción de las particularidades*);
- que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (*elemento de subsidiariedad*);
- estas adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada (*elemento del carácter razonable*) para el sujeto obligado;
- y en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (*elemento de garantía del derecho a la igualdad*).

2. La regulación de los ajustes razonables en el derecho europeo

Los ajustes razonables a propósito de las personas con discapacidad son introducidos en el Derecho de la Unión Europea mediante la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al

establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta disposición normativa para el marco del empleo y la ocupación se inscribe en la línea legislativa más amplia desplegada en los últimos años por la Unión Europea para reforzar la igualdad de trato y la no discriminación y diversos y crecientes grupos y ámbitos.

Al ser las personas con discapacidad uno de los grupos sociales protegidos por la nueva legislación contra la discriminación en el empleo y la ocupación, no solo se prohibió cualquier trato desigual, sino que se regularon los ajustes razonables como forma de completar las garantías antidiscriminatorias. En concreto, la Directiva dedica a los ajustes razonables su artículo 5, que dice así:

Artículo 5

Ajustes razonables para las personas con discapacidad

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

La noción de ajustes razonables que ofrece la Directiva contiene los elementos esenciales de la institución examinados en el apartado anterior. Se declaran imperativos para los empresarios, siempre que sean necesarios para garantizar el principio de igualdad de trato, pero con el límite de que no resulten una carga excesiva. Aunque el texto del artículo es lacónico en cuanto a la noción de ajustes razonables, sí se infiere claramente que consistirán en “medidas adecuadas” en función de las “necesidades de cada situación concreta”, con la finalidad de que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, tomar parte en el mismo, progresar profesionalmente o recibir formación.

Respecto de los criterios para ponderar que la carga no es excesiva, solo se enuncia uno, el de ser paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado en materia de discapacidad.

Esta ausencia de detalle se deba tal vez a que se trata de una directiva, disposición comunitaria sobre un determinado aspecto que ha de ser incorporada a su Derecho por los Estados de la Unión Europea, que ha de ser respetada como nivel de exigencia mínima, pero que los países miembros, en el proceso de transposición, pueden elevar y ampliar.

La adopción de esta Directiva por la Unión Europea en el año 2000 desencadenó sendos procesos de transposición en cada Estado, lo que llevó a extender el marco para establecer el principio de igualdad de trato (y también la no discriminación por razón de discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables) a todos los países pertenecientes a la Unión. En España, la incorporación de esta Directiva se llevó a efecto con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, como se verá más adelante.

Hasta el momento, en el ámbito del Derecho comunitario, los ajustes razonables solo operan respecto de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En los últimos años, se han pretendido extender el marco legal de no discriminación a través de una denominada “Propuesta de Directiva del Consejo sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, lo que hubiera supuesto ampliar el efecto de la no discriminación por razón de discapacidad, la accesibilidad universal el diseño para todas las personas y los ajustes razonables a otros ámbitos distintos del empleo y la educación, pero la falta de capacidad política de Unión ha impedido que estas iniciativas, pese al tiempo transcurrido, hayan prosperado.

Empero, los ajustes razonables están llamados a tener alguna eficacia, bien que limitada, en la esfera de las instituciones de la Unión Europea, al haber

celebrado esta en cuanto tal entidad supranacional la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta *ratificación* (celebración, en terminología comunitaria) europea se instrumentó a partir de la Decisión del Consejo, de 26 de noviembre de 2009, relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y se hizo efectiva el 23 de diciembre de 2010. Incluso, la Unión ha reforzado la aplicación de la Convención en sus instituciones con la aprobación de un Código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión por el que se establecen disposiciones internas para la aplicación por la Unión Europea de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y para la representación de la Unión Europea en dicha Convención. Por tanto, habida cuenta estos actos de vinculación respecto de la Convención, los preceptos del tratado internacional relativos a los ajustes razonables serán directamente aplicables a las instituciones europeas.

3. Los ajustes razonables en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, consagra los derechos de las personas con discapacidad en el Derecho internacional. Este tratado internacional establece como instrumentos para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad, entre otros, la accesibilidad universal, el diseño universal y los ajustes razonables. Paralelamente, dispone como obligaciones de los Estados parte la adopción de las medidas pertinentes para permitir el ejercicio y el goce de los derechos de las personas con discapacidad.

La noción de ajustes razonables que ofrece la Convención, viene contenida en el artículo 2 del Tratado, dedicado a las definiciones:

“Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o

indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales."

En ese mismo artículo, se reconoce otra dimensión relevante de los ajustes razonables, a saber, que la denegación de realizar ajustes razonables constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad, dimensión que refuerza considerablemente esta institución.

El concepto de ajustes razonables de la Convención coincide en líneas generales con el propio de esta figura, tal como quedó examinada en apartados anteriores. Así, contiene el elemento esencial de constituir una conducta positiva de actuación consistente en realizar modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas. Además, no han de suponer una carga desproporcionada o indebida (límite a partir del cual cesa su efectividad, desapareciendo la obligación de llevarlos a término). De igual modo, estas modificaciones y adaptaciones adecuadas han de venir requeridas por el caso particular. Por último, la finalidad de los ajustes razonables será la de garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tan es así, que la obligación de efectuar ajustes razonables, según el artículo 5 del Tratado internacional ("A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables") forma parte integrante de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Es un contenido esencial del derecho a la igualdad ante la ley y a no sufrir discriminaciones por razones de discapacidad. Este mismo artículo 5 añade, en su apartado final, una previsión de importancia: no se considerarán discriminatorias "las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad". Esta salvaguardia impedirá que la realización de un ajuste razonable en un caso particular pueda reputarse en ningún caso como discriminatorio, ya que es el medio para alcanzar o acelerar la igualdad de hecho, y por perseguir esta finalidad queda en todo caso legitimado.

En este punto, la Convención es particularmente ambiciosa, pues ya no liga los ajustes razonables únicamente al derecho de acceso, sino que los vincula con todos los derechos humanos y libertades fundamentales, lo cual amplía considerablemente el radio de acción y la eficacia de esta institución. Se reconoce de este modo que las personas con discapacidad experimentan restricciones y exclusiones por motivos de discapacidad en el ejercicio y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, no solo en los que dependen del acceso previo, por lo que para la totalidad de derechos consagrados en la Convención pueden operar los ajustes razonables. Esto se refuerza a lo largo del articulado del tratado internacional, en el que en numerosas ocasiones se mencionan la obligación de realizar ajustes razonables para posibilitar el ejercicio de determinados derechos (artículos 14, libertad y seguridad personales; 24, educación inclusiva; 25, trabajo y empleo, etc.).

La noción de ajustes razonables de la Convención establece el límite de que la realización de los mismos no imponga una carga desproporcionada o indebida, pero no ofrece, a diferencia de otras legislaciones (europea y española, verbigracia) criterios orientadores para determinar cuándo una carga ese o no excesiva. Aquí la Convención ha sido omisiva, y deja a los Estados parte libertad para concretar, en su Derecho interno, esos criterios.

Al haber firmado y ratificado el Reino de España tanto la Convención Internacional como el Protocolo Facultativo, todo este bloque normativo sobre los ajustes razonables se incorpora al ordenamiento jurídico, donde será directamente aplicable. Otra cuestión será determinar si la regulación de los ajustes razonables de la Convención se compadece y hasta qué punto con la regulación interna española, previa en el tiempo, establecida en la Ley 51/2003, asunto que se examinará más adelante.

4. La regulación de los ajustes razonables en el derecho español

a. En la Ley 51/2003, de 2 de diciembre y en sus disposiciones normativas complementarias y de desarrollo.

a.1. La configuración de los ajustes razonables en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

En la legislación española sobre derechos de las personas con discapacidad, los ajustes razonables, con carácter genérico, para todos los ámbitos, más allá del empleo y la ocupación, fueron establecidos mediante la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Siguiendo el dibujo que hacen de esta institución legislaciones de otros países avanzados en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad como los Estados Unidos de América y de entidades supranacionales como la Unión Europea[102], esta disposición normativa define lo que son los ajustes razonables y los hace operar, junto con la no discriminación, la accesibilidad universal y el diseño para todas las personas, en el nuevo sistema de igualdad de oportunidades que inaugura. Por una parte, esta Ley considera en su artículo 4 los ajustes razonables como elemento integrante del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, pues su ausencia, cuando resulten obligados, constituye *ope legis* una vulneración del citado derecho. Son, pues, parte sustantiva de la garantía legal de no vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, en el mismo plano que la prohibición de la discriminación, en sus modalidades directa e indirecta; los acosos; los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad o de la adopción de medidas de acción positiva. Además de esta notable consideración sustantiva, la Ley, en el momento de enunciar y establecer el contenido de las medidas contra la discriminación, define a sus efectos qué hay que entender por ajustes razonables –a esto se dedica el artículo 7 c) de la Norma legal-.

"Artículo 7. *Contenido de las medidas contra la discriminación.*(…)
c) Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad

[102] FUNDACIÓN F. LARGO CABALLERO (2008) hace un rastreo de la historia de la adopción normativa de los ajustes razonables en distintos países y legislaciones.

que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

Las discrepancias entre el solicitante del ajuste razonable y el sujeto obligado podrán ser resueltas a través del sistema de arbitraje previsto en el artículo 17, de esta ley, sin perjuicio de la protección administrativa o judicial que en cada caso proceda."

Esta definición legal de ajustes razonables comprende los elementos esenciales de la institución, examinados en otros apartados de este artículo. Así, recoge el *elemento fáctico de cambio*, consistente en la adopción de medidas de adecuación del entorno (aquí llamado "ambiente físico, social y actitudinal"), transformación ambiental que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, dándoles una solución (*elemento de satisfacción de las particularidades*). Esta solución ha de ser, según la Ley, "eficaz y práctica", lo que debe interpretarse en el sentido de que ha de estar a la altura del problema concreto de accesibilidad o participación de la persona con discapacidad, de modo que éste quede resuelto o al menos minimizado, y desplegarse de un modo sencillo y lo más rápido posible. Las adecuaciones, como es propio de los ajustes razonables, no han de suponer una carga desproporcionada (*elemento del carácter razonable*) y en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad al modo de

los demás miembros de la comunidad (*elemento de garantía del derecho a la igualdad*). La noción legal aporta un grado de detalle reseñable en cuanto a los criterios para conceptuar o no un ajuste como razonable, sobre todo si lo comparamos con otros cuerpos o textos normativos, como es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que renuncia a formular criterios de este tipo. De igual modo, son positivas también las dos previsiones finales de la esta letra c), al marcar la orientación de que las Administraciones Públicas puedan establecer un régimen de ayudas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de llevar a cabo ajustes razonables (marco de apoyos, por cierto, que a fecha de hoy no ha sido adoptado como tal), así como la posibilidad de someter a arbitraje las controversias suscitadas entre la persona solicitante del ajuste y la obligada a hacerlos efectivos[103].

Aparte de esta regulación del artículo7, en otros apartados de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, se producen referencias añadidas, de menor a la entidad, a los ajustes razonables. Por ejemplo, en el artículo 10, relativo a las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación, y en varias de las disposiciones finales, que establecen las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para determinados ámbitos de los regulados en la Ley.

Finalmente, los ajustes razonables hallan en nuestro ordenamiento jurídico otros reconocimientos, con diversidad de alcances. Así, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, disposición normativa complementaria de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, tipifica en su artículo 2 como “infracciones administrativas” las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimiento de las exigencias de accesibilidad *y de realizar ajustes*

[103] El sistema arbitral al que se refiere el artículo 17 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, fue desarrollado reglamentariamente mediante el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

razonables. La obligación de realizar ajustes razonables (como elemento participativo de la integridad del derecho a la igualdad de oportunidades, ya recogido en el artículo 4 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre) queda reforzada por cuanto su inobservancia es considerada por la legislación como una infracción administrativa, acreedora de las sanciones correspondientes en esta sede. Los ajustes razonables se elevan al mismo nivel protector, en este régimen sancionador, que las discriminaciones directas o indirectas, los acosos o el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad.

a.2. Grado de correspondencia entre la regulación de los ajustes razonables en la Convención y en la legislación previa española.

Como ya se ha consignado, los ajustes razonables están regulados originariamente en nuestro Derecho en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre. Con posterioridad, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada en 2006, y vigente y aplicable en España desde 2008, refuerza esta institución al recogerla expresamente en esta norma jurídica internacional. Si se comparan ambas regulaciones, se comprueba que las dos obedecen a principios análogos, compartiendo lo elementos esenciales que configuran los ajustes razonables. Así, cada una de estas disposiciones normativas se refieren, como parte integrante de la institución, a las medidas de modificación o adecuación del entorno, entendido este en sentido lato (nota fáctica de acción transformadora); modificaciones que en todo caso se dirigen a resolver las situaciones específicas en que puedan encontrarse las personas con discapacidad (nota de particularidad de los casos) para permitir el acceso o el ejercicio normalizado de sus derechos y que no son solventadas de modo natural por las obligaciones de accesibilidad universal –se adoptan casuísticamente como medio último disponible para instalar a la persona, en el supuesto concreto, en un posición de igualdad de derechos y participación comunitaria–, que son previas; y, finalmente, que no supongan una carga excesiva o indebida (nota de carácter razonable) para el sujeto obligado a llevarlas a efecto. Con matices, ambas regulaciones son muy similares, por lo que no se aprecia un conflicto por ausencia de correspondencia entre las mismas. Más allá de la fraseología propia de cada texto, las diferencias, no

demasiado acusadas, consisten en que el tratado internacional se limita a establecer la nota de la necesidad del carácter razonable de los ajustes, pero sin enunciar los criterios a los que ha de atenerse el juicio en cada caso concreto, cuestión que la Ley 51/2003, sí aborda, ofreciendo varios criterios orientadores. Otro de los aspectos en que se percibe una cierta divergencia, es que en la Convención se pone más énfasis que en la legislación previa española (cuestión de grado) en la conexión entre ajuste razonable y ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad, como condición necesaria, mientras en la Ley 51/2003, parece ligarse más a los derechos que dependen del acceso, aunque la mención a la "participación" y la finalidad de conseguir la "igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos" (artículo 7 c) parece que las equiparan en cuanto a eficacia. Puede considerarse, pues, que la regulación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, es compatible y ajustada a la de la Convención Internacional. En todo caso, pueden invocarse ambas disposiciones normativas, puesto que las dos son derecho positivo, vigente y aplicable.

b. En la esfera del empleo y la ocupación

La incorporación de los ajustes razonables al Derecho español en el ámbito del empleo y la ocupación se produce como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico interno de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta norma de la Unión Europea fue a su vez la primera que en el Derecho comunitario introduce los ajustes razonables, pues la igualdad de trato cuyo marco general aspira a establecer incluye la discapacidad como situación protegida contra la discriminación o el trato desigual injustificado. Como ya se ha reflejado, es el artículo 5 de la Directiva citada el que configura los ajustes razonables para personas con discapacidad.

Esta Directiva europea fue transpuesta al Derecho español en virtud de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que en relación con los ajustes razonables para personas con

discapacidad procedió a modificar la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los *minusválidos* (sic), disposición legal que en España es la que viene regulando la inclusión laboral de las personas con discapacidad. En concreto, es el artículo 37 bis de esta ley, de nueva creación, el que se dedica a configurar los ajustes razonables para personas con discapacidad (llama la atención que en ningún momento utilice esta expresión) en el ámbito del empleo y la ocupación.

Artículo 37 bis.

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.

2. 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 formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

El apartado 1 del artículo 37 bis establece que el mantenimiento o adopción de medidas específicas que estén destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de la discapacidad no entran en conflicto con el principio de igualdad de trato, de modo que un trato desigual favorable a la discapacidad, siempre que esté enderezado a suprimir desventajas causadas por la misma, es perfectamente admisible. Queda así salvada la

denominada discriminación positiva, así como las medidas de acción positiva en favor de personas con discapacidad.

El apartado 2 de artículo es el que concretamente regula los ajustes razonables, tratando de transponer así el artículo 5 de la Directiva 78/2000. Comienza por disponer el deber legal de los empresarios de adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada caso concreto. Este mandato parece ir más allá de lo exigido por la Directiva respecto de los ajustes razonables, a cuya realización sin ninguna duda obliga, en tanto se diría que deja sentado un deber general y previo de accesibilidad del puesto de trabajo y de todo el entorno de la empresa. Se trataría del doble plano, examinado anteriormente, de la accesibilidad universal, como condición general y preexistente de garantía para el ejercicio de los derechos de *todas* las personas con discapacidad en el máximo de *situaciones* posibles, y de los ajustes razonables, que operarían en defecto de lo precedente en aquellas situaciones particulares que por diversas causas no fueran alcanzadas por el deber de accesibilidad universal, como salida última a los casos concretos, y con el límite de su carácter razonable. En este sentido, y dando por válido este análisis, la regulación española, en este punto, trasciende la europea y llega más lejos. Esto es así porque el legislador español trata de reproducir aquí el mismo esquema, o al menos lo más semejante, establecido para toda la discapacidad en todos los ámbitos (efectuado por la Ley 51/2003), y el legislador europeo, se limita tan solo al ámbito del empleo y la ocupación, estrictamente, toda vez que la Unión Europea sigue sin disponer, pese a varios intentos frustrados en los últimos, de un sistema y de normas vinculantes en materia de accesibilidad universal. Al no tener que preexistir unas condiciones de accesibilidad universal (por ausencia de legislación europea general), la Directiva no pasa de asegurar la accesibilidad a través de la adopción de medidas específicas para situaciones particulares (ajustes razonables), de suerte que no se contravenga el principio de igualdad de trato en la ocupación y en el empleo.

Otro aspecto en el que la legislación europea y nacional, aunque la última sea transposición de la primera, revelan distinta amplitud es en cuanto al criterio de razonable de los ajustes. Aunque en la Ley española no se mencione el vocablo *razonable*, resulta implícito en el texto normativo al constar como límite de la obligación de adaptación y accesibilidad del puesto de trabajo y de la empresa el que estas no supongan "una carga excesiva para el empresario". Aquí sí se repiten los mismos términos de la Directiva; la consideración de carga excesiva para el empleador anula el carácter razonable del ajuste y deja sin efecto el deber de llevarlo a cabo. No obstante, siendo conscientes el legislador europeo y nacional que el concepto de carga excesiva no deja de ser una noción demasiado abierta, incluso difusa, y por tanto incierta, sin llegar a delimitarla, que no lo hacen, sí tratan de ofrecer ciertos criterios, orientativos más que cerradamente prescriptivos, sobre qué ha de entenderse por carga excesiva. Así la Directiva europea enumera solo uno ("cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"), que también es reproducido en la legislación española, casi en los mismos términos, pero que se ve acompañado por dos criterios más, a saber: el coste de las medidas específicas, por una parte, y el tamaño y el volumen de negocio de la empresa obligada a llevarlas a término, por otra. La mayor precisión de la norma española frente a la europea ayudará en el momento de la aplicación efectiva de los ajustes razonables, aunque como se postulará más adelante, se hace necesario un desarrollo reglamentario de los ajustes razonables que concrete su contenido y alcance y evite en lo posible la inseguridad jurídica propia de conceptos tan abiertos.

Si se compara este elenco de criterios del artículo 37 bis de la Ley 13/1982, referidos a la esfera de la ocupación y el empleo, con los del artículo 7 de la Ley 51/2003, referidos a los ámbitos principales de la vida en comunidad de las personas con discapacidad, se echa de ver que ambas regulaciones difieren, siendo más amplia la genérica de discapacidad que la propia del empleo. Junto a los ya vistos en la legislación laboral, que más o menos comparte, con matices, la Ley 51/2003 agrega otro criterio como es "el de los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción". Se pretende con él que en el juicio valorativo sobre el carácter

razonable o no del ajuste, se ponderen también los efectos que en punto a la discriminación de la persona supondría su no realización. Este criterio, en principio, juega más a favor de los derechos de las persona con discapacidad que los otros, que son más proclives a los empleadores, pues una medida específica no sería excesiva o desproporcionada (esta última terminología de la Ley 51/2003), pese a su coste, el contar o no con ayudas suficientes, o el mayor o menor tamaño o volumen de negocio de la empresa u organización, si su no adopción comporta cometer o perpetuar una discriminación de considerable entidad para la persona con discapacidad. En estos supuestos, prevalecería la no discriminación sobre el grado de intensidad de las cargas.

Una matización. Aunque se ha venido hablando o se ha dado a entender que existen dos sistemas o modalidades de ajustes razonables en el Derecho español, el genérico y el del empleo, hay que recordar que la propia Ley 51/2003 (artículo 3, párrafo final) establece que sus disposiciones son supletorias a las dictadas específicamente para asegurar el principio de igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación, por lo que existe una convergencia y cabe hablar de la aplicación supletoria, a todos los supuestos concretos, de la modalidad regulatoria más amplia, que sería la de la Ley 51/2003.

En el dominio del empleo público de personas con discapacidad, hay especificidades dignas de consignación. El apartado 2 del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público dispone que “cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”. Estas adaptaciones y ajustes razonables, que son obligación del empleador público, han sido objeto de regulación reglamentaria mediante el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, así como por la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen

criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad.

Finalmente, se va a examinar si en sede de legislación española de prevención de riesgos laborales existe algo análogo a la regulación de los ajustes razonables, con carácter anticipatorio, en todo caso, pues esta normativa es de 1995, que precede en varios años a la promulgación de la legislación europea y nacional sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que introdujo los ajustes razonables en nuestro Derecho. En efecto, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) establece obligaciones del empresario y correlativos derechos de los trabajadores, cuando estos pertenecen o se integran en determinados grupos especialmente sensibles a determinados riesgos.

El artículo 25 de esta Ley (Protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos) dispone que "el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

Los trabajadores no serán empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo."

Esta disposición resulta de la trasposición de Directiva 89/391/CEE, del 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, cuyo artículo 9

establece que "el empresario deberá: a) disponer de una evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluidos los que se refieren a los grupos de trabajadores con riesgos especiales...".

Por su parte, el artículo 15 señala que los "grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica." Estamos ante protección reforzada en relación con el deber de protección genérico que los empresarios contraen en la relación laboral, de conformidad con el artículo 14. 2 de la citada Ley: "En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios…".

Esta protección reforzada se configura como una suerte de discriminación positiva y, al mismo tiempo, como una obligación adicional para el empresario, para determinados grupos singularizados en atención a razones probadas y graves de riesgo. Esta regulación hay que ponerla directamente en relación con otras, una en el ámbito de las normas de prevención de riesgos laborales y otra en el más genérico de las normas laborales y sociales.

En el primer plano, se debe advertir que existen disposiciones de desarrollo reglamentario de la LPRL que expresan de forma específica y concreta las obligaciones del empresario en relación a la adaptación de los lugares y equipos de trabajo. Así el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de

trabajo, en su Anexo I, 13, dispone que "los lugares de trabajo y, en particular, las puertas, vías de circulación, escaleras, servicios higiénicos y puestos de trabajo, utilizados u ocupados por trabajadores con discapacidad, deberán estar acondicionados para que dichos trabajadores puedan utilizarlos." Y el artículo 3.2.c) del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, que establece que "para la elección de los equipos de trabajo el empresario deberá tener en cuenta, entre otros factores...las adaptaciones necesarias para su utilización por trabajadores discapacitados."

Estas obligaciones de garantizar de manera específica la protección de los trabajadores con discapacidad y de tener en cuenta las adaptaciones necesarias para su utilización por los mismos, conecta con la institución de los ajustes razonables, aunque aquí circunscritos a la esfera más restringida de la prevención de riesgos laborales.

5. Pronunciamientos judiciales sobre ajustes razonables

La relativa novedad de la institución y la ausencia de regulación de detalle, más allá de las menciones legales ya examinadas, hace que los pronunciamientos judiciales sobre los ajustes razonables cobren especial significación, habida cuenta de que será una materia que se presta a la interpretación de tribunales y juzgados. La Jurisprudencia como fuente del Derecho va a revestir, en adelante, una relevancia reseñable.

Revisando los pronunciamientos judiciales producidos desde la introducción en el Derecho español de los ajustes razonables, el más destacable es una sentencia de la Audiencia Nacional del año 2009. En concreto, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este alto Tribunal, pronunciada el 2 de noviembre y de la que fue ponente el magistrado José Luis Terrero Chacón.

En esta sentencia, dictada en un recurso interpuesto por una persona con discapacidad contra el acto administrativo de denegación por parte del Ministerio de Educación de una beca, al no reunir el solicitante los requisitos de índole académica (número mínimo de asignaturas superadas con aprovechamiento) establecidos en la convocatoria. El Tribunal resuelve el caso fallando a favor del demandante, al aplicar directamente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en particular el instituto de los ajustes razonables por razón de discapacidad. El órgano judicial, en una interpretación amplia y hasta audaz, considera que la situación de discapacidad del actor (que comporta migrañas recurrentes e intensas, y somnolencia prolongada) lo sitúa en desigualdad de condiciones frente a otros solicitantes sin discapacidad (que pueden seguir un régimen de estudios constante y regular) y que en el caso es lícito acudir a los ajustes razonables para eximirle del cumplimiento estricto de los requisitos académicos exigidos[104]. Para el Tribunal, el juego de la garantía de no discriminación de las personas con discapacidad y el de acudir a los ajustes razonables en los casos particulares "para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" definidas ambas en el artículo 2 del Tratado internacional, así como el derecho a una educación inclusiva, dispuesta en su artículo 24, abocan al pronunciamiento favorable al demandante. En este supuesto, la desigualdad en la que la concreta discapacidad coloca a la persona hace que opere la adecuación específica ("modificaciones y adaptaciones necesarias", en fraseología de la Convención) que comportan los ajustes razonables, y que pasan por la relajación de los requisitos académicos genéricamente establecidos para todos los aspirantes a la beca. Concurren todos los elementos propios de los ajustes razonables: situación de discapacidad que en el caso particular por sus efectos origina una desigualdad indeseable aun a despecho de que la regulación administrativa es idéntica para todos los supuestos de hecho. No hay trato desigual por razón de discapacidad, pero dado que la situación es objetivamente desventajosa para

[104] La sentencia dice textualmente: "… la discapacidad que le inhabilita para seguir el régimen académico ordinario, y consecuentemente, para cumplir los requisitos académicos exigidos al resto de los alumnos con carácter general para la obtención de la beca."

la persona, por las consecuencias de la concreta discapacidad, se hace preciso modificar las condiciones generales aplicables para introducir una adaptación adecuada que permita al sujeto el goce de sus derechos. A esto hay que agregar, que la modificación no impone cargas indebidas, al menos así lo aprecia el Tribunal, por lo que procede la aplicación de los ajustes razonables al caso, constituyendo la salida para permitir el ejercicio del derecho.

Es de esperar que en el futuro más resoluciones judiciales, aplicadas a casos concretos que serán de índole harto diversa, ayuden a configurar la institución de los ajustes razonables en el Derecho español, por lo que habrá que prestar gran atención a las interpretaciones judiciales que se vayan produciendo.

7. El conveniente desarrollo reglamentario de los ajustes razonables

Se ha consignado ya que la regulación legal de los ajustes razonables no solo es escueta sino también muy genérica, por lo que cabe plantearse si es deseable y hasta conveniente que se proceda a desarrollar reglamentariamente esta institución, de suerte que quede configurada de un modo más pormenorizado y contribuya a una más eficaz aplicación. Bien es cierto que por naturaleza los ajustes razonables operarán respecto de cambiantes situaciones particulares, que requerirán de modificaciones y adaptaciones específicas, por lo que la casuística será enormemente cuantiosa, lo que se compadece mal que regulaciones pormenorizadas previas con vocación de agotar la realidad, plúrima por definición. Empero, sí parece necesario un desarrollo reglamentario de las disposiciones normativas vigentes en materia de ajustes razonables, que produzca como resultado un cuerpo regulador más cierto y preciso con objeto de ofrecer mayores cotas de seguridad y criterios de aplicación más orientadores a las propias personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, y a los operadores de todas clases que tengan conexión con los ajustes razonables.

Las disposiciones normativas de las que partir para acometer esta regulación reglamentaria integradora habrían de ser, por un lado, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, como

ya se ha indicado, ofrece en su artículo 2 una noción de ajustes razonables, como norma superior. Por otro lado, estaría la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y más en concreto su artículo 7, que antes incluso del Tratado internacional citado, introdujo los ajustes razonables en la legislación genérica española sobre discapacidad y que provee de material normativo abundante que sin dificultad podría tener una concreción reglamentaria. Finalmente, para el ámbito del empleo y la ocupación de personas con discapacidad, sería preciso desarrollar las previsiones que sobre ajustes razonables derivados de la transposición al derecho interno español de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que tuvo su plasmación, en lo que nos atañe ahora, en el artículo 37 bis de la Ley 13/1982, de 7 de abril de integración social de los *minusválidos* (sic). En su caso, debería tenerse en cuenta si los mandatos de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en particular, su artículo 25), en relación con las trabajadores con discapacidad conecta algún modo con los ajustes razonables.

La disposición reglamentaria de desarrollo podría consistir en un único real decreto aprobado por el Gobierno de la Nación en Consejo de Ministros, con dos bloques diferenciados, uno más genérico dedicado a la regulación de los ajustes razonables en todos los ámbitos de aplicación de la Ley 51/2003, y otro segundo bloque, más específico, consagrado al ámbito del empleo y la ocupación y que sería concreción y delimitación de los mandatos en materia de empleo de la Ley 13/1982 y conexas. La adopción de una sola norma reglamentaria de las características descritas viene autorizada por el párrafo final del artículo 3 de la Ley 51/2003, que dispone: “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 establecido 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”.

Asimismo, esta norma reglamentaria tendría que establecer para la esfera de la Administración General del Estado el régimen de ayudas que prevé como posibilidad el artículo 7 de la Ley 51/2003 ("A este fin, las Administraciones públicas competentes podrán establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables"), hasta hoy no efectuado.

En cuanto a la habilitación legal al Gobierno para proceder a este desarrollo reglamentario bastaría la invocación de la Disposición final primera de la Ley 51/2003[105].

Bibliografía

AA.VV.: *"III. El alcance de la accesibilidad universal y los ajustes razonables"*, en Sobre la accesibilidad universal en el Derecho. Cuadernos "Bartolomé de las Casas", Nº 42. Dykinson, Madrid, 2007.

ASÍS ROIG, R. Y BARRANCO AVILÉS, M. C.: *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*. CERMI/Ediciones Cinca Madrid, 2010.

FUNDACIÓN F. LARGO CABALLER.: *Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad - Estudio de fuentes secundarias.* Madrid, 2008.

PALACIOS, A.: *"El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables.",* en Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas. Campoy Cervera, I., Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ BUENO, L. C. Y GONZÁLEZ MILLÁN, R. (Coords.): *"La transposición al Derecho español de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre del 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*" en Las múltiples dimensiones de la discapacidad. CERMI- Escuela Libre Editorial, Madrid, 2003.

[105] El texto de esta disposición final primera dice así: "Facultades de ejecución y desarrollo. El Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y de los Ministerios competentes en la materia, previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad y, en su caso, a las respectivas conferencias sectoriales, queda autorizado para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de esta ley."

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Pilar Villarino Villarino

Directora Ejecutiva del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)
direccion@cermi.es

Índice

1. Introducción

2. La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en las principales leyes de cabecera de la discapacidad

2.1. Generalidades
2.2. La Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal
2.3. La Ley 39/2006 de Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia
2.4. La legislación sobre empleo, con especial atención a la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad
2.5. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación de adaptación en España

3. La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en las principales leyes de igualdad de género

3.1. Generalidades
3.2. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género
3.3. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
3.4. La Ley Orgánica 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

4. Conclusión

Bibliografía

Apéndice
La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la reciente legislación autonómica de igualdad de género

1. Introducción

El presente capítulo se enmarca en una publicación colectiva centrada en el estudio de la no discriminación de las personas con discapacidad en España, a los 10 años de la entrada en vigor de la Ley 51/2003, dedicada a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Es preciso, por ello, que esta obra general aborde la situación de las mujeres y niñas con discapacidad, grupo social que en términos porcentuales representa el 60% de las personas con discapacidad en España, y que en términos de discriminación representa al conjunto de personas con discapacidad en mayor situación de vulnerabilidad, como consecuencia de la múltiple discriminación a la que estas mujeres y niñas se ven sometidas en las distintas esferas de la vida.

El capítulo analizará el tratamiento de las mujeres y niñas con discapacidad en la legislación española. Para ello, una primera parte se dedicará a algunas de las leyes calificadas como de cabecera para la discapacidad; seguidamente se abordará el tratamiento de este grupo social en las principales leyes de género, acompañado de un anexo descriptivo de la situación en la legislación autonómica que se incluye como apéndice, para finalizar con una reflexión en forma de conclusiones.

Para su redacción se ha contado con el acervo producido por el CERMI[106] a lo largo de los quince años de existencia de la entidad, con especial referencia a la labor de su Comisionada de Género y su Comisión de la Mujer.

2. La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en las principales leyes de cabecera de la discapacidad

2.1. Generalidades

Del análisis de algunas de las principales leyes denominadas de cabecera para el sector social de la discapacidad (no pretende ser un análisis exahustivo), la

[106] Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad. www.cermi.es

primera impresión que cabe extraer se refiere a la poca, en ocasiones nula mención a las mujeres y niñas con discapacidad como grupo con demandas específicas en leyes esenciales para el avance de las personas con discapacidad en el reconocimiento de sus derechos.

La causa de ello obedece, en mi opinión, al papel de las mujeres con discapacidad como movimiento organizado en el seno del CERMI, que cobró un mayor impulso desde el año 2005, estapa a partir de la cual se produjeron una serie de actuaciones que permitieron la gestación del posicionamiento político del sector en cuanto a las políticas de género y discapacidad. Entre esas actuaciones destaca, fundamentalmente, la creación de la figura de la Comisionada de Género[107], que permitió dotar de un mayor impulso a la labor de la Comisión de la Mujer del CERMI.[108]. Los esfuerzos se han venido dirigiendo desde entonces en una doble dirección: en primer lugar, la elaboración de herramientas de trabajo que facilitasen el enfoque de género en las políticas de discapacidad y el de discapacidad en las políticas de género, aspecto clave para lograr situar a las mujeres y niñas con discapacidad en la agenda política, y, en segundo lugar, a lograr la visiblidad de este grupo social a través de la labor de incidencia política.

2.2. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal[109].

La Ley que da origen a la presente obra colectiva representa un hito histórico en materia de discapacidad, (así se detallará sin duda en otros capítulos de esta publicación), que permitirá avanzar en la plena equiparación de las

[107] Inicialmente la figura se denominó Comisionada para Asuntos de la Mujer, evolucionando posteriormente a un nombre más acorde con la función representada.
[108] Es importante destacar aquí el I Plan Integral de Acción para las Mujeres con Discapacidad 2005-2008, primer documento donde se analizaban y exponían con detalle las necesidades y demandas de las mujeres y niñas con discapacidad en las diferentes políticas públicas. Este documento sirvió de base a las reivindicaciones del CERMI en la materia, y fue recogido en su mayor parte en el primer Plan de Acción para las Mujeres con Discapacidad del Gobierno, elaborado en 2007. Por otra parte, este impulso se trasladó también al Comité de Mujeres del Foro Europeo de la Discapacidad, EDF, permitiendo así el avance de las políticas de género y discapacidad en la UE, siguiendo la estela de lo realizado por el CERMI en España.
[109] BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2003.

personas con discapacidad. En palabras de Miguel Ángel Cabra de Luna, *"constituye una oportunidad histórica para impulsar decididamente la igualdad efectiva de las personas con discapacidad"*[110].

El Artículo 8, dedicado a las Medidas de acción positiva, menciona expresamente a las mujeres con discapacidad:

Artículo 8. Medidas de acción positiva.
2. Los poderes públicos adoptarán las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son **las mujeres con discapacidad**, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

Del análisis de toda la normativa que se ha ido produciendo en desarrollo de la LIONDAU, la única mención específica a las mujeres con discapacidad aparece en la Ley 49/2007:

LEY 49/2007, DE 26 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD[111].

> **Artículo 16.** Infracciones.
> 4. Son infracciones muy graves:
> e. Las conductas calificadas como graves cuando sus autores hayan actuado movidos, además, por odio o desprecio racial o étnico, **de género**, orientación sexual, edad, discapacidad severa o no posibilidad de representarse a sí mismo.

2.3. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia[112].

Antes de abordar los aspectos relacionados con las mujeres y niñas con discapacidad en la Ley 39/2006, merece la pena señalar, por la importancia de la citada ley, la actividad desplegada por la sociedad civil representada por el CERMI, a través de su Comisión de la Mujer, en el marco de los trabajos que

[110] Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo.
[111] BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007.
[112] BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2006.

dieron lugar al Libro Blanco sobre Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Al respecto, se reseñan los principales aspectos recogidos en la **Comparecencia**[113] que sobre esta cuestión realizó la entonces Comisionada para Asuntos de la Mujer del CERMI Estatal ante la Comisión No Permanente para las Políticas Integrales de Discapacidad del Congreso de los Diputados:

La Comisión de la Mujer del CERMI Estatal propuso entonces una serie de medidas de interés para la futura Ley, relacionadas con las mujeres con discapacidad altamente dependientes, las mujeres cuidadores de personas con discapacidad y las mujeres con discapacidad mayores.

MEDIDAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LAS MUJERES SEVERAMENTE AFECTADAS:

- Incorporación de las mujeres con discapacidad severa en el diseño de los programas de asistencia personal por medio de la autogestión de los servicios
- Desarrollo y mejoras del servicio a domicilio, general y específico (rehabilitación, terapia psicológica, etc.) para atender las necesidades de las personas con necesidades de apoyo generalizadas
- Desarrollo de un Servicio de apoyo complementario y específico para el cuidado de hijos e hijas, dirigido a madres y padres con discapacidad (cuidadores de menores)
- Promoción de la creación de Centros de Día en donde las mujeres y hombres con discapacidad severa puedan desarrollar actividades sociales y culturales en su entorno, así como recibir asistencia primaria

MEDIDAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LAS MUJERES CUIDADORAS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD:

- Promoción de la formación a familiares y/o cuidadores de personas con una discapacidad severa
- Promoción de la creación de “servicios de respiro”, en aquellas zonas donde todavía no existan, hecho que posibilite a las familias contar con tiempo de descanso
- Promoción y mayor desarrollo de centros de día (infantiles, o adultos) para personas con necesidades generalizadas de apoyo con discapacidades severas, para que la familia y principalmente la madre, pueda reanudar su trabajo y vida social
- Duplicar en el IRPF la reducción de 1.200 € por hijos menores cuando tengan una discapacidad aumentando así mismo el límite de edad hasta los 6 años
- Posibilitar formas flexibles de jornadas laborales a mujeres y hombres con discapacidad que las requieran o a trabajadoras o trabajadores que tengan a su cargo personas con discapacidad con necesidades generalizadas de apoyo

[113] **C**omparecencia de Ana Peláez, Comisionada para los Asuntos de la Mujer del CERMI Estatal, ante la Comisión no Permanente para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados en relación con el Libro Blanco sobre Atención a las Personas en Situación de Dependencia en España, Madrid, 4 de octubre de 2005. www.cermi.es.

- Reconocimiento de la necesidad de apoyar a los familiares o personas del entorno cercano asistentes, mediante el incremento del gasto en atención comunitaria

MEDIDAS PROPUESTAS EN RELACIÓN CON LAS MUJERES MAYORES CON DISCAPACIDAD:

- Promoción de la creación de servicios públicos de acompañamiento y atención a personas con discapacidad que han de permanecer en sus propios domicilios
- Promoción de la concesión de ayudas económicas para el acondicionamiento de viviendas accesibles
- Por todo lo expuesto en este punto, las medidas que proponemos son:
- Desarrollo de un plan de acceso a la vivienda para mujeres con discapacidad, que incluya ayudas para la adaptación de las mismas
- Ampliación del permiso por hijo o hija con discapacidad equiparándolo al que se disfruta cuando se trata de parto múltiple, maternidad por hijo con o sin discapacidad cuando se trate de una madre trabajadora con discapacidad
- Reconocimiento del trabajo no mercantilizado, desarrollado por muchas mujeres con discapacidad en la atención directa a sus mayores
- Desarrollo de instrumentos que velen por el bienestar y seguridad integral de las personas con discapacidad no independizadas o dependientes de otras para el desarrollo de las actividades diarias (tanto en instituciones como en las familias)

Con respecto a la **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia**, hay que señalar que esta norma incorpora la perspectiva de género en diferentes apartados, que se indican seguidamente:

Exposición de motivos
2. La atención a este colectivo de población se convierte, pues, en un reto ineludible para los poderes públicos, que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, **y en especial las mujeres**, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el apoyo informal.
Los cambios en el modelo de familia **y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres**, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan.

Artículo 3. Principios de la Ley.
Esta Ley se inspira en los siguientes principios:
f. La personalización de la atención, **teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades**.
p. **La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres**.

Artículo 4. Derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia.

2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes:
k. A **la igualdad de oportunidades**, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley.
l. A **no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual**.

Disposición Adicional Primera. Aplicación progresiva de la Ley.
3. Transcurridos los primeros tres años de aplicación progresiva de la Ley, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia realizará una evaluación de los resultados de la misma, proponiendo las modificaciones en la implantación del Sistema que, en su caso, estime procedentes.

Disposición final primera. Aplicación progresiva de la Ley.
4. En la evaluación de los resultados a que se refiere el apartado anterior se efectuará informe de **impacto de género** sobre el desarrollo de la Ley.

Por su parte, como no podía ser de otra forma, en las diferentes valoraciones que el CERMI ha venido realizando respecto a la Ley 39/2006 siempre se ha incluido la necesaria atención a la perspectiva de género. En este sentido, ya en la Resolución[114] que el CERMI hizo pública con motivo del primer año de entrada en vigor de dicha norma figuraba este aspecto:

Entre los avances introducidos gracias a la acción del movimiento social de la discapacidad, cabe destacar, como más relevantes:

- **la inclusión de la perspectiva de género en la promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia;**

Asimismo, en el Documento de posición del CERMI Estatal ante el proceso de Evaluación y Revisión de la ley 39/2006, de 14 de diciembre , de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia[115] se recoge con el siguente tenor:

> 3.- Incumplimiento de los principios generales establecidos en la Ley
> La Ley 39/2006 se articula sobre una serie de principios, que proclama y enuncia en su Título preliminar, artículo 3, que, como tales, han de inspirar la aplicación concreta de la misma, de manera que cuanta normativa, estatal y autonómica se dicte en su desarrollo, como en la aplicación práctica del

[114] RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA DE REPRESENTANTES DEL CERMI ESTATAL DE 23 DE JUNIO DE 2008 SOBRE LA NECESIDAD URGENTE DE IMPULSAR LA IMPLANTACIÓN Y DESPLIEGUE DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA DEPENDENCIA (SAAD). http://www.cermi.es/es-ES/QueesCERMI/Paginas/Memoriasanuales.aspx?TSMEIdPub=2

[115] Nota: Aprobado por el Comité Ejecutivo del CERMI Estatal el 2 de diciembre de 2009 ELABORADO POR LA COMISIÓN DE TRABAJO DEL CERMI PARA EL SEGUIMIENTO DE LA LEY 39/2006. www.cermi.es.

Sistema, habrá de hacerse en coherencia y adecuación a tales principios. Sin embargo, como veremos a lo largo de este documento, desde las organizaciones del sector consideramos que la experiencia de aplicación evidencia una falta de rigor, cuando no una efectiva conculcación de alguno de estos principios, especialmente de los que a continuación indicamos:
p) **La inclusión de la perspectiva de género**, teniendo en cuenta las distintas necesidades de hombres y mujeres.

2.4. La legislación sobre empleo, con especial atención a la Estrategia Global de Acción para el Empleo de las Personas con Discapacidad

Si bien en la LISMI[116] no encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad, sí aparecen en normativa posterior de desarrollo de la citada Ley, relativa al empleo de las personas con discapacidad. En efecto, es importante reseñar que ya en el **2º Acuerdo firmado entre el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS) y el CERMI en 2002**[117] se incluyen medidas que fomenten la mejora de los incentivos a la contratación en el caso de mujeres con discapacidad.

A partir de ahí, se destacan en este epígrafe las disposiciones legislativas en el ámbito del empleo donde se recogen aspectos relacionados con las mujeres con discapacidad:

- **LEY 36/2003, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE REFORMA ECONÓMICA** [118]

  Disposición final cuarta. Fomento del empleo de las mujeres con minusvalía.
  Se añade un párrafo segundo en el artículo 44.Dos.1.a) de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, con la siguiente redacción:

  "En el supuesto específico de que se contrate a **mujeres minusválidas**, las empresas tendrán derecho a una bonificación del 90 por ciento en la cotización empresarial por contingencias comunes si la mujer contratada tiene una edad igual o superior a cuarenta y cinco años y del 80 por ciento en caso de que sea menor de dicha edad."

[116] Ley de Integración Social de Minusválidos, (LISMI) 13/1982, de 7 de abril. B.O.E. 103 DE 30 DE ABRIL DE 1982.
[117] Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el CERMI sobre medidas para mejorar el empleo de las personas con discapacidad. II PLAN DE EMPLEO MTAS-CERMI 2002-2004, 3 de diciembre de 2002**.**
[118] BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.

- **LEY 56/2003, DE 16 DE DICIEMBRE, DE EMPLEO**[119]

Artículo 25. Clasificación.
1. Los programas y medidas que integren las políticas activas de empleo se orientarán y se ordenarán por su correspondiente norma reguladora, mediante actuaciones que persigan los siguientes objetivos:

h) Promover políticas destinadas a inserción laboral de personas en situación o riesgo de exclusión social.

En el diseño de estas políticas se tendrá en cuenta de manera activa el objetivo de **la igualdad de trato entre hombres y mujeres** para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de sexo, así como el objetivo de garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación, en los términos previstos en el párrafo a) del artículo 2 de esta ley.

- **LEY 43/2006, DE 29 DE DICIEMBRE, PARA LA MEJORA DEL CRECIMIENTO Y DEL EMPLEO**[120]

Artículo 2. Ámbito de aplicación e incentivos a la contratación.
3) Si el trabajador con discapacidad tiene en el momento de la contratación 45 o más años **o si se trata de una mujer**, la bonificación que corresponda de acuerdo con los números anteriores, se incrementará, respectivamente, en 100 euros/mes (1200 euros/año) o en 70,83 euros/mes (850 euros/año), sin que los incrementos establecidos en este número sean compatibles entre sí.

4) En el caso de que las personas con discapacidad sean contratadas mediante el contrato temporal de fomento del empleo, la bonificación ascenderá a 291,66 euros/mes (3500 euros/año) durante toda la vigencia del contrato.
La bonificación será de 341,66 euros/mes (4.100 euros/año) si el trabajador con discapacidad está incluido en alguno de los grupos siguientes:
i) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por 100.
ii) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por 100.
Si el trabajador tiene en el momento de la contratación 45 o más años, **o si se trata de una mujer**, la bonificación que corresponda de acuerdo con los párrafos anteriores, se incrementará, en ambos supuestos, en 50 euros/mes (600 euros/año), siendo tales incrementos compatibles entre sí.

Disposición adicional duodécima. Estrategia Global de Empleo para personas con discapacidad.
El Gobierno de la Nación en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, y previas consultas con los interlocutores sociales y con las organizaciones representativas de personas con discapacidad y sus

[119] BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2003.
[120] BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 2006.

familias, aprobará una Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad 2007-2008.
Esta Estrategia contará, entre sus objetivos preferentes, disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, **con especial atención a las mujeres con discapacidad**, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

Estrategia Global de Acción para el Empleo para Personas con Discapacidad

En este punto vamos a detenernos con mayor detalle, habida cuenta de la importancia que la Estrategia Global de Acción para el Empleo[121] tiene para las personas con discapacidad y sus familias. Atendiendo al mandato del legislador, señalado anteriormente, el texto recoge la perspectiva de género, en los aspectos que se describen seguidamente:

Para qué una estrategia
De acuerdo con el mandato contenido en la Ley 43/2006, los objetivos preferentes de la Estrategia han de ser: «disminuir los índices de desempleo y elevar las tasas de actividad de las personas con discapacidad, **con especial atención a las mujeres con discapacidad**, y aquellas otras personas que por su discapacidad presentan dificultades severas de acceso al mercado de trabajo.

Diagnóstico
Baja tasa de actividad entre las mujeres con discapacidad: Partiendo de los datos estadísticas existentes, todos los estudios y diagnósticos coinciden en subrayar que las tasas de participación en el empleo de las personas con discapacidad en nuestro país no son satisfactorias. Además, **este déficit se agudiza en el caso de las mujeres con discapacidad**, tanto en cuanto a las tasas de actividad como de ocupación.

Objetivos de naturaleza transversal:

Prestar especial atención a aquellas variables (tipo y grado de discapacidad, edad, lugar de residencia, etc.) que agravan la situación de inactividad de determinadas personas con discapacidad y **atender especialmente a la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad**.

Objetivo 1: remover las barreras socioculturales (...)
Campaña especialmente dirigida a las mujeres con discapacidad, dado que este colectivo tiene unas tasas de inactividad más elevadas.

Objetivo 2: Potenciar la educación y formación (…)
2.11. Diseñar *cursos de formación* en materia de igualdad de oportunidades y discapacidad, dirigidos a los *formadores* que capacitarán para el acceso al empleo a las personas con discapacidad, y a quienes hayan de llevar a cabo labores de

[121] http://www.meyss.es/es/sec_trabajo/Estrategia_global_personas_discapacidad_2008_2012.pdf.

intermediación laboral así como **incorporar en estos cursos la perspectiva de género, para reducir la tasa de inactividad de las mujeres con discapacidad**.

Plan de Acción de la Estrategia
Por otra parte, a la hora de diseñar las medidas contenidas en este Plan de Acción se han tenido en cuenta, de manera implícita, los dos objetivos transversales de la Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad (…)el prestar especial atención a aquellas variables (tipo y grado de discapacidad, edad, lugar de residencia, etc.) que agravan la situación de inactividad de determinadas personas con discapacidad, **atendiendo especialmente a la doble discriminación que sufren las mujeres con discapacidad**

- **REAL DECRETO 1542/2011, DE 31 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE APRUEBA LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE EMPLEO 2012-2014.**

  Medidas que se configuran como referentes para las actuaciones en Políticas Activas de Empleo:
  Protocolos de colaboración entre los Servicios Públicos de Empleo y los Servicios Sociales para el establecimiento de medidas que faciliten el acceso al empleo y a la formación para el empleo de las mujeres, sobre todo a personas con necesidades especiales, como mujeres en riesgo de exclusión, víctimas de violencia de género, **mujeres con discapacidad**, y mujeres al frente de familias monoparentales.

2.5. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la legislación de adaptación

La no discriminación de las mujeres y las niñas con discapacidad en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es materia de otro capítulo de esta obra, por lo que abordaré en estas líneas la importancia de la CDPD en la legislación española. En efecto, la CDPD obliga a que se revisen y adapten a su contenido todas las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, lo que supone que éstas deberán tener en cuenta la situación de las mujeres con discapacidad. En este sentido, el primer ejercicio amplio de adaptación de la legislación española a la convención arroja como resultado la referencia que se señala seguidamente en la ley 26/2011:

- **LEY 26/2011, DE 1 DE AGOSTO, DE ADAPTACIÓN NORMATIVA A LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**[122]

[122] BOE Nº 184 de 2 de agosto de 2011.

Artículo 1. Modificación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Tres. La letra e) del artículo 2 queda modificada en los siguientes términos:
«e) Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad, las cuales garantizarán, en todo caso, el derecho de los niños y **las niñas con discapacidad** a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.»

Ocho. El apartado 1 del artículo 15 queda modificado en los siguientes términos:
«1. Las personas con discapacidad, incluidos los niños y **las niñas**, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen, (…).»

En septiembre de 2011, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad presentó el resultado del Informe de España sobre las medidas adoptadas para cumplir las obligaciones del país con arreglo a la CDPD[123]. A continuación se reproducen los aspectos directamente relacionados con la perspectiva de género:

- **EXAMEN DE LOS INFORMES PRESENTADOS POR LOS ESTADOS PARTES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 35 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD[124]**

Mujeres con discapacidad (artículo 6)

21. El Comité está preocupado por el hecho de que los programas y políticas públicos sobre la prevención de la violencia de género no tengan suficientemente en cuenta la situación de las mujeres con discapacidad. Inquieta también al Comité que las políticas en materia de empleo no incluyan una amplia perspectiva de género y que el desempleo, la inactividad y los ritmos de formación sean mucho peores en el caso de las mujeres con discapacidad que en el de los hombres con discapacidad.

22. **El Comité recomienda al Estado parte que:**

a) Vele por que se tenga más en cuenta a las mujeres con discapacidad en los programas y políticas públicos sobre la prevención de la violencia de género, particularmente para asegurar el acceso de las mujeres con discapacidad a un sistema de respuesta eficaz e integrado;

b) Tenga en cuenta las cuestiones relacionadas con el género en las políticas de empleo, e incluya particularmente medidas específicas para las mujeres con discapacidad;

[123] Artículo 35 de la Convención, Informes presentados por los Estados Partes".
[124] http://www.cermi.es/es-ES/Novedades%20e%20informaci%c3%b3n%20de%20interes/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=1290

c) Elabore y desarrolle estrategias, políticas y programas, especialmente en los sectores de la educación, el empleo, la salud y la seguridad social, para promover la autonomía y la plena participación de las mujeres y de las niñas con discapacidad en la sociedad, así como para combatir la violencia contra ellas.

Quisiera finalizar este epígrafe aludiendo a la importancia que ha tenido la CDPD en la legislación relacionada con temas que afectan de manera especial a la mujer, tal como veremos en el punto siguiente.

3. La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en las principales leyes de igualdad de género

3.1. Generalidades

En este epígrafe se aborda el tratamiento de la no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en las principales leyes españolas de cabecera en materia de igualdad de género. En el año 2009 tuve ocasión de analizar[125] el tratamiento de la discapacidad en dos de las normas que se refieren a continuación, por lo que me remito en el detalle a lo que se señalaba en la publicación de referencia. En las líneas que siguen trataré de señalar los aspectos más destacados relacionados con dichas normas, así como exponer un desarrollo más amplio de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

3.2. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género

En anteriores análisis sobre el tratamiento de la discapacidad en la legislación sobre igualdad de género[126] ya apuntaba que la valoración del sector social de la discapacidad representada por el CERMI hacia esta ley es positiva, puesto que fruto de la acción de incidencia política del CERMI la norma recoge

[125] La discapacidad en la reciente legislación sobre igualdad de género en España. Artículo de Pilar Villarino incluido en la publicación Hacia un Derecho de la Discapacidad, Estudios en Homenaje a Rafael de Lorenzo.
[126] Ver nota 19.

importantes referencias a las mujeres con discapacidad. El CERMI, a través de la acción de su Comisionada de Género y su Comisión de la Mujer, ha continuado con su labor, dirigida a visibilizar a las mujeres y niñas con discapacidad, y con ello lograr una protección integral de este grupo social en materia de violencia de género[127].

A modo de síntesis, es importante reseñar las principales demandas del sector[128], planteadas en el horizonte de una anunciada reforma de la Ley 1/2004:

- 1.-Elaboración de un análisis sobre la accesibilidad de los centros de acogida temporal y los servicios prestados para mujeres con discapacidad
- 2.-Elaboración de un estudio con el objetivo de detectar la violencia de género[129].
- 3.- Incorporación de distintos indicadores en las bases de datos que se utilizan para realizar un análisis de las medidas adoptadas en la lucha contra la violencia de género, tales como
- 4.- Inclusión de la discapacidad en los materiales elaborados para los profesionales de protocolos de actuación para ayudar a las víctimas con discapacidad.

En cualquier caso, cualquier reforma legislativa deberá realizarse garantizando la no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad, a la luz de lo señalado en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como con el contenido de la Convención sobre la Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y Violencia Doméstica (CAHVIO).

No quiero dejar de mencionar en este punto las reivindicaciones del CERMI en cuanto a dos aspectos que constituyen una clara situación de violencia contra las mujeres con discapacidad, y que deben ser objeto de legislación, con

[127] La labor del CERMI en el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer sigue siendo muy activa, y en este sentido es importante destacar el papel del CERMI en la constitución de un Grupo de Trabajo sobre violencia de género y discapacidad. Asimismo, el CERMI ha venido difundiendo ampliamente Manifiestos conmemoriativos del Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres.

[128] Estas demandas forman parte del Documento de prouestas del CERMI en relación con la violencia que sufren las mujeres con discapacidad, de 2010.

[129] Se trata de una petición sostenida del CERMI, que confiamos pueda ser abordada, en atención a su interés, en poco tiempo desde el Gobierno de la Nación.

arreglo al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Me estoy refiriendo al aborto coercitivo y a la esterilización forzada (aspecto que también abordaré en el punto siguiente). Ambas situaciones requieren con urgencia de una legislación regulatoria que elimine la situación de discriminación contra las mujeres con discapacidad, tal como reclama el CERMI en su Manifiesto del 8 de marzo de 2009[130].

3.3. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

Tal como apuntaba en otras líneas[131], las expectativas generadas por esta Ley no se vieron respondidas en todo lo que la discapacidad organizada hubiera deseado, ya que la norma no presta la suficiente atención a las mujeres con discapacidad, grupo social que precisa medidas de protección específicas para combatir la múltiple discriminación de que es objeto.

Sí debo señalar que la discapacidad ha logrado estar presente en el Consejo de Participación de la Mujer[132], órgano creado en la ley como cauce de participación de las organizaciones de mujeres. De esta manera, las mujeres con discapacidad son partícipes, como sociedad civil, en un foro que va a decidir sobre cuestiones que les afectan directamente, y donde actualmente se observan todavía importantes lagunas.

---

[130] La esterilización forzada de niñas y mujeres con discapacidad es un hecho injustificable desde la perspectiva de los derechos humanos y, por ello, es inadmisible a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que desde el CERMI pedimos con firmeza su erradicación. Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad, 8 d emarzo de 2009. 8 de marzo de 2009. Día Internacional de las Mujeres. Por un reconocimiento real de nuestro derecho a la libertad.

[131] Ver nota 16.

[132] *El Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad ha designado a Ana Peláez Narváez como una de las tres expertas en materia de igualdad de género del Consejo de Participación de la Mujer, de próxima constitución. El Consejo de Participación de la Mujer es el órgano colegiado de consulta y asesoramiento de la Administración General del Estado concebido para servir de cauce para la participación de las mujeres en la consecución efectiva del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la lucha contra la discriminación por razón de sexo. Ana Peláez, designada a título particular en su condición de experta en cuestiones de género, especialmente en el ámbito de las mujeres con discapacidad, es Comisionada de Género del CERMI y presidenta de la Comisión de la Mujer del Foro Europeo de la Discapacidad.*
En la ONCE, desempeña la Dirección de Relaciones Internacionales. NdP del CERMI: http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=2495.

En relación con la normativa de desarrollo de esta Ley, el CERMI tuvo la oportunidad de elaborar un documento de posicionamiento en relación con el Borrador de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en materia de medidas y Planes de Igualdad, de 19 de octubre de 2011, norma cuyo proceso de adopción quedó en suspenso como consecuencia de las Elecciones Generales del 20 de noviembre de 2011.

Finalmente, la siguiente norma de desarrollo de la LO 3/2007 recoge numerosos aspectos relacionados con la discapacidad, si bien no identificados con la perspectiva de género, a excepción de lo que se señala más abajo: *RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.*

Artículo 17. Nacimiento, duración y extinción.
2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o **cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad** en un grado igual o superior al 65 por ciento. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurran dos o más circunstancias de las señaladas.

3.4. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo[133]

Esta norma aborda, en su primera parte, relativa a la salud sexual y reproductiva, aspectos que afectan directamente a las mujeres con discapacidad, motivo por el cual se ha incluido en este análisis. Por otra parte, en su segunda parte, dedicada a la interrupción voluntaria del embarazo, se refiere a cuestiones que van más allá de la perspectiva de género. Sin embargo, he considerado oportuno exponer conjuntamente en este epígrafe todo lo relativo a esta norma, habida cuenta de su importancia en lo que se refiere a la discriminación de hombres y mujeres con discapacidad.

[133] BOE Nº 55 de 4 de marzo de 2010.

El CERMI ha tenido una participación activa en todo el proceso que ha desembocado en la promulgación de esta ley, interviniendo en representación de la sociedad civil en las distintas etapas del mismo. La posición del CERMI, que representa la postura oficial del sector de la discapacidad organizada en esta materia, se ha recogido en el "*Documento de posición del CERMI respecto de la regulación legal de la interrupción voluntaria del embarazo o aborto en los aspectos que guardan relación con la discapacidad"* [134]

A continuación se señalan las disposiciones que recogen aspectos relacionados con la discapacidad en la mencionada Ley, todas ellas fruto de la acción del CERMI aludida en párrafos anteriores. Las inclusiones relativas a la discapacidad se han introducido sobre la base de la perspectiva de derechos humanos establecida por la CPPD.

Los aspectos relacionados con la discapacidad recogidos en la LO 2/2010 son los siguientes:

Exposición de Motivos

El texto alude a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar ***«el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener […] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos»,*** *así como a que* ***"mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás"****.*

Título Preliminar. Disposiciones generales

En el Título preliminar se incluye a la discapacidad dentro del artículo referido a los principios y ámbitos de aplicación de la Ley.

[134] Ver sección Maternidad informada dentro de la Página de Internet del CERMI. http://www.cermi.es/es-ES/Paginas/Guía%20embarazo.aspx.

Artículo 3. *Principios y ámbito de aplicación.*
3. **Nadie será discriminado en el acceso a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley por motivos de** (…), **discapacidad**, (…).

Título I. De la salud sexual y reproductiva

Dentro del Título I, dedicado a la Salud sexual y reproductiva, se hace referencia a la discapacidad, por una parte, como uno de los objetivos de actuación de los poderes públicos y, por otra parte, en los dos bloques de medidas relativas al ámbito sanitario (aspectos de accesibilidad y formativos) y educativo respectivamente.

Capítulo I
Políticas públicas para la salud sexual y reproductiva

Artículo 5. *Objetivos de la actuación de los poderes públicos.*

d) La eliminación de toda forma de discriminación, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad, a las que se les garantizará su derecho a la salud sexual y reproductiva, estableciendo para ellas los apoyos necesarios en función de su discapacidad.

Capítulo II
Medidas en el ámbito sanitario

Artículo 7. *Atención a la salud sexual y reproductiva.*

c) La provisión de servicios de calidad para atender a las mujeres y a las parejas durante el embarazo, el parto y el puerperio. **En la provisión de estos servicios, se tendrán en cuenta los requerimientos de accesibilidad de las personas con discapacidad**.

Artículo 8. *Formación de profesionales de la salud.*

d) En los aspectos formativos de profesionales de la salud se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad.

Capítulo III
Medidas en el ámbito educativo

Artículo 9. *Incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo.*

f) En la incorporación de la formación en salud y salud sexual y reproductiva al sistema educativo, **se tendrán en cuenta la realidad y las necesidades de los grupos o sectores sociales más vulnerables, como el de las personas con discapacidad**

proporcionando, en todo caso, a este alumnado información y materiales accesibles, adecuados a su edad.

Título II. De la interrupción voluntaria del embarazo

Dentro del Título II, dedicado a la interrupción voluntaria del embarazo, se incluyen varios aspectos referidos a la discapacidad, relacionados con la información sobre diferentes medios de apoyo a las personas con discapacidad, así como sobre accesibilidad.

CAPÍTULO I
Condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo

Artículo 17. *Información previa al consentimiento de la interrupción voluntaria del embarazo.*

3. En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en la letra b del artículo 15 de esta Ley, **la mujer recibirá además de la información prevista en el apartado primero de este artículo, información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas.**

5. La información prevista en este artículo será clara, objetiva y comprensible. **En el caso de las personas con discapacidad, se proporcionará en formatos y medios accesibles, adecuados a sus necesidades.**

Sin embargo, hay varios aspectos, alguno de ellos crucial desde la perspectiva de la no discriminación, planteados por el CERMI y no recogidos en la Ley. Así, el CERMI sugirió la necesidad de aludir al derecho de las personas con discapacidad a mantener y preservar su fertilidad, en la línea defendida por la CDPD, que incluye este derecho dentro de los relacionados con la salud sexual y reproductiva que mujeres y hombres con discapacidad deben poder disfrutar en las mismas condiciones que el resto de las personas.

Por otra parte, y aquí vemos el punto más importante de esta legislación desde la perspectiva de la no discriminación, motivo central de esta obra colectiva, el CERMI plantea la necesidad de eliminar el aborto eugenésico[135] dentro del

[135] Artículo 15. *Interrupción por causas médicas.*
Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

grupo de indicaciones con arreglo a las cuales se permite la interrupción del embarazo[136]. El argumento en apoyo de esta petición es claro y contundente: cualquier legislación que admita el aborto eugenésico, el que se practica para evitar el nacimiento de un niño o niña con discapacidad, y que implícitamente considera la vida de una persona con discapacidad como menos valiosa que la de otra persona sin discapacidad, es discriminatoria desde una perspectiva exigente de derechos humanos y discapacidad, consagrada como norma jurídicamente vinculante en los planos internacional y nacional por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La vida de las personas con discapacidad posee la misma dignidad y valor que cualquier otra vida y debe ser protegida por el ordenamiento jurídico en las mismas condiciones que el resto de vidas, y hasta allí donde llegue la protección legal.

Como colofón a este razonamiento, es importante señalar que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se alinea claramente con el CERMI, al incluir entre sus recomendaciones la siguiente: *18. El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente*[137]*.*

Finalmente, el CERMI demandaba incluir una nueva disposición final dirigida a adecuar la regulación de la esterilización en casos de personas con discapacidad a la CDPD, alegando que la esterilización forzada de niñas y mujeres y varones con discapacidad es un hecho injustificable desde la perspectiva de los derechos humanos y, por ello, es inadmisible a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es obligado revisar la normativa legal que regula la esterilización forzada en España, abordando las cuestiones relativas al "consentimiento

b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.
c) (…), o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

[136] Conviene recordar que la nueva legislación de 2010 es el resultado de combinar los plazos con las indicaciones.

[137] Ver nota 18.

informado", para lograr el ajuste necesario y cumplir con el espíritu de la Convención, que obliga a introducir reformas que asuman que el respeto del hogar y la familia, la dignidad y la integridad de una persona con discapacidad son derechos fundamentales, que no pueden verse vulnerados.

Una vez más, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad apoya esta argumentación[138]: *38. El Comité insta al Estado parte a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele por que la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención.*

Acabamos de asistir al anuncio de modificación de esta Ley por parte del nuevo Gobierno de la Nación. El nuevo texto que surja de este proceso de reforma sólo será verdaderamente progresista si defiende la vida de todas las personas, sin permitirse argumentaciones que apoyen determinadas vidas como más dignas de ser vividas que otras en atención a la discapacidad. Desde la perspectiva de derechos humanos, el progreso debe ir siempre de la mano del respeto a la diversidad.

Para finalizar este epígrafe, hay que señalar que el CERMI ha realizado una importante labor relacionada con uno de los desarrollos de la LO[139], mandatado por el artículo 15 de la misma, en lo que se refiere a la información previa que se ofrece en el supuesto de la interrupción voluntaria del embarazo prevista en el artículo 15 b de la Ley. Esta labor se refleja con detalle en la sección Maternidad informada incluida en la Página de internet del CERMI[140].

4. Conclusión

A modo de conclusión, quisiera señalar que las líneas anteriores muestran ese avance al que aludía en el posicionamiento del sector en las políticas de

[138] Ver nota 18.
[139] Real Decreto 825/2010, de 25 de Junio, de desarrollo parcial de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la Interrupción voluntaria del embarazo.
[140] http://www.cermi.es/es-ES/Paginas/Guía%20embarazo.aspx.

género y discapacidad. En efecto, gracias a la labor realizada a lo largo de estos años desde el área de género del CERMI, disponemos ya de valiosas herramientas dirigidas a activistas y responsables políticos, que les permitan tener presente en todo momento el enfoque de género en las políticas de discapacidad y el de discapacidad en las políticas de género. El culmen de esta actuación lo representa en este momento el *2º Manifiesto de las Mujeres y Niñas con Discapacidad de la Unión Europea. Una herramienta para activistas y responsables políticos,* obra liderada por la Comisionada de Género del CERMI, que debe servir de referente irrenunciable en ese necesario doble enfoque de género y discapacidad que requieren todas las políticas públicas en defensa de la no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad. Esta obra, como digo esencial, se complementará con un manual científico que actualmente está en proceso de elaboración y verá la luz a lo largo de 2012, dedicado a analizar la transversalidad del género en las políticas de discapacidad.

Asimismo, la labor de incidencia política ha permitido avances a la hora de situar a las mujeres y niñas con discapacidad en la agenda política, especialmente en las políticas sobre género, donde este grupo social ha permanecido invisible durante muchos años.

Es justo decir, por tanto, que hemos avanzado en la tarea de lograr la presencia del matiz transversal en la vertiente de igualdad entre hombres y mujeres y en la de personas con discapacidad y personas sin discapacidad. Es preciso continuar con la lucha, para combatir la discriminación que todavía persiste, en ocasiones de manera sutil, en forma de “techos de cristal”.

El éxito sólo será pleno desde la actuación organizada de las propias mujeres y niñas con discapacidad en defensa de sus derechos. En este sentido, es esencial fortalecer el papel de la Red Nacional de Mujeres Expertas en Género y Discapacidad, movimiento iniciado bajo los auspicios del CERMI en 2004 y que ha venido cobrando fuerza en los últimos años. El tercer sector social de la

discapacidad tiene un papel esencial en la lucha contra la discriminación de las mujeres y las niñas con discapacidad[141].

Quisiera finalizar estas líneas rindiendo mi particular homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, con quien me une un gran afecto. Miguel Ángel fue quien, hace ya diez años, me abrió la puerta al mundo de la discapacidad, que hasta entonces yo había conocido por motivos familiares desde la pura perspectiva médica, ofreciéndome conocerlo desde su vertiente más humana, lo que le agradezco profundamente, por lo que ha supuesto de enriquecimiento personal.

Bibliografía

CABRA DE LUNA, M. Á.: "*Un nuevo contexto para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad". Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Editorial Aranzadi, 2009.

CERMI. Página de Internet corporativa www.cermi.es

CERMI: Sección de Mujer de la página de internet corporativa: http://www.cermi.es/es-ES/MujeresDiscapacidad/Paginas/Inicio.aspx

CERMI: Sección Maternidad Informada de la página de internet corporativa: http://www.cermi.es/es-ES/Paginas/Guía%20embarazo.aspx

INSTRUMENTO de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. B.O.E. 96, de 21 de abril de 2008.

LEY ORGÁNICA 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección Integral contra la Violencia de Género. B.O.E. 313, de 29 de diciembre de 2004.

LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. B.O.E. 71, de 23 de marzo de 2007-

LEY ORGÁNICA 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, B.O.E. 55, de 4 de marzo de 2010.

---

[141] El CERMI ha elaborado un Plan de Igualdad de Género para Entidades de la Discapacidad del Tercer Sector. Colección Barclays. 2011. Página de Internet corporativa www.cermi.es

INSTITUTO DE LA MUJER. Página Web del Instituto de la Mujer. http://www.migualdad.es/MUJER/legislacion/index.html

Manifiesto de los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidad de la Unión Europea. Edita: Procuraduría General de Asturias. 2011. Sección de Mujer de la página de internet corporativa: http://www.cermi.es/es-ES/MujeresDiscapacidad/Paginas/Inicio.aspx

PALACIOS, A.: *¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?* Marzo 2010. Página de Internet del CERMI: www.cermi.es.

PELÁEZ NARVÁEZ, A.: *"Género y discapacidad". Tratado sobre Discapacidad*. Primera edición. Editorial Aranzadi, 2007.

PELÁEZ NARVÁEZ, A.: *"Maternidad y discapacidad*". Colección Barclays. Editorial CINCA. 2009. Página de Internet del CERMI: www.cermi.es

Plan de Igualdad de Género para Entidades de la Discapacidad del Tercer Sector. Colección Barclays. 2011. Página de Internet corporativa: www.cermi.es

VV.AA.: *European Conference. Recognising the Rights of Girls and Women with Disabilities. An Added Value for Tomorrow's Society*. Colección Cermi.es nº 32. Primera edición. Ediciones CINCA S.A.. 2008.

VILLARINO, P.: "La discapacidad en la reciente legislación sobre igualdad de género en España". Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo. Editorial Aranzadi, 2009.

Apéndice

La no discriminación de las mujeres y niñas con discapacidad en la legislación autonómica

El presente apéndice recoge los diferentes supuestos de transversalidad de la discapacidad en la legislación sobre género de las Comunidades Autónomas, fruto de la labor de incidencia política del sector social de la discapacidad aglutinado en torno a los CERMIS Autonómicos. Se recogen las referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad en las principales legislaciones territoriales sobre género encontradas (hay que señalar que no en todos los territorios existe dicha legislación).

Andalucía

- **LEY 12/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN ANDALUCÍA**[142]

Menciones específicas a las mujeres con discapacidad:

Artículo 46. Inclusión social.
1. Los poderes públicos de Andalucía, en el marco de garantías para la inclusión social, desarrollarán acciones dirigidas a quienes se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, estableciendo estrategias que contemplen el enfoque de género en las políticas de intervención, especialmente en las relativas al acceso al empleo y a la formación.
2. Se tendrán en cuenta las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, tales como las que pertenezcan a minorías, mujeres de etnia gitana, mujeres inmigrantes, niñas, **mujeres con discapacidad** y mujeres prostituidas.

Artículo 48. Personas con discapacidad.
Los poderes públicos de Andalucía, en el contexto general de garantías de los derechos de las personas con discapacidad, desarrollarán acciones para las **mujeres con discapacidad**, teniendo como eje transversal de las políticas públicas sus necesidades específicas, con el fin de asegurar su inclusión y acceso en igualdad a todos los ámbitos de la sociedad.

- **LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO" EN ANDALUCIA**[143]

Exposición de motivos
Por tanto, con objeto de favorecer la igualdad y prevenir y erradicar la violencia de género, la actuación de los poderes públicos vendrá informada por el principio de accesibilidad a la comunicación, velando de manera especial por la protección y garantía de los derechos de **las mujeres con discapacidad** o mujeres en situación de especial vulnerabilidad.

Articulo 6. ***Líneas de investigación.***
2. Asimismo, garantizara la difusión de las investigaciones con el objetivo de informar y sensibilizar a la sociedad en general, teniendo en cuenta la especial situación de **las mujeres con discapacidad**, las mujeres inmigrantes y las mujeres en riesgo de exclusión social.

Articulo 8. ***Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género.***
b) En las campanas que se desarrollen habrán de tenerse en cuenta las especiales circunstancias de dificultad en el acceso a la información que puedan encontrarse determinados colectivos como el de personas inmigrantes, personas que viven en el medio rural, **y personas con discapacidad,** procurando un formato accesible para estas últimas.

Articulo 33. Planes de salud .
2. La detección precoz de las situaciones de violencia de género será un objetivo en el ámbito de los servicios de salud, tanto públicos como privados. A tal fin, la Consejería competente en materia de salud establecerá los programas y actividades más adecuados para lograr la mayor eficacia en la detección de estas situaciones, y se considerara de forma especial la situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social, explotación sexual o las mujeres con discapacidad. Estas disposiciones afectaran a todos los centros sanitarios autorizados en el ámbito de Andalucía.

CAPITULO IV ***Atención jurídica***
b) Garantizaran, a través de los medios necesarios, **que las mujeres con discapacidad** y mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes.

Articulo 43. Atención integral especializada.

[142] BOJA núm. 247, de 18 de diciembre de 2007, pp. 7-17.
[143] Publicada en BOJA núm. 247, de 18 de diciembre de 2007, pp. 17-28.

c) Accesibles, que supondrá la adaptación de las estructuras y los servicios que se proporcionen a **las mujeres con discapacidad** y a las mujeres inmigrantes.

Articulo 48. ***Viviendas protegidas.***
4. Las mujeres mayores y las **mujeres con discapacidad** que sufren violencia de género, y que se encuentran en situación de precariedad económica, deben ser consideradas colectivo preferente a los efectos de tener acceso a las residencias públicas

Aragón

- **LEY 4/2007, DE 22 DE MARZO, DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL A LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA EN ARAGÓN**[144]

Artículo 6.—Información y buenas prácticas.
6. Las campañas de información y sensibilización contra la violencia se realizarán de forma que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.

Principado de Asturias

- **LEY DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS 2/2011, DE 11 DE MARZO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES Y LA ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**[145]

Artículo 21.—*La integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres en las políticas de bienestar social.*
1. El Principado de Asturias, en el ámbito de sus competencias, integrará la perspectiva de género en el desarrollo de las políticas de bienestar social y adoptará las medidas oportunas para mejorar la calidad de vida de las mujeres de los colectivos desfavorecidos, así como para promover la integración de las que estén en riesgo de exclusión social.
2. Se establecerán actuaciones específicas para las mujeres de colectivos que se encuentran en situaciones de especial dificultad o vulnerabilidad, como pudieran ser, entre otras, las mujeres con discapacidad, las mujeres inmigrantes, las reclusas, las víctimas de la violencia de género y de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, prestando una especial atención al colectivo de mujeres mayores dada su mayor vulnerabilidad.

Baleares

- **LEY 12/2006, DE 20 DE SEPTIEMBRE, PARA LA MUJER EN ILLES BALEARS**

Artículo 18. ***Igualdad y mujeres con discapacidad.*** **Pág. 35834**
Los poderes públicos y las administraciones públicas de las Illes Balears deben garantizar que las medidas de fomento de la inserción laboral tengan en cuenta especialmente a las **mujeres con discapacidad**, sobre todo en los aspectos que puedan redundar en la mejora de su estado de salud o eviten su empeoramiento, así como en la conciliación familiar y la crianza de las hijas y los hijos.

Artículo 33. ***Campañas de información e igualdad para mujeres con discapacidad.***
Los poderes públicos en todas las campañas de información sobre las medidas y normas establecidas en la ley, en especial las de sensibilización contra la violencia de género, deben velar por la utilización de los medios adecuados para hacer llegar sus mensajes a **las mujeres con discapacidad.**

Canarias

- **LEY 1/2010, DE 26 DE FEBRERO, CANARIA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES**[146]**.**

Artículo 48.- Igualdad en las políticas de bienestar social.

[144] BOA Número 41 9 de abril de 2007.
[145] BOPA núm. 64 de 18-iii-2011.
[146] Boletín Oficial de Canarias núm. 45, 5 de marzo de 2010.

1.Los poderes públicos de Canarias integrarán la perspectiva de género en el desarrollo de las políticas de bienestar social. En este sentido, se establecerán programas específicos para mujeres mayores, **mujeres con discapacidad**, en riesgo de exclusión social, o dirigidos a mujeres en situación de especial vulnerabilidad.

Artículo 51.- Inclusión social.
2. Se tendrán en cuenta las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad, tales como las que pertenezcan a minorías, mujeres inmigrantes, niñas, **mujeres con discapacidad** y mujeres prostituidas.

Artículo 54.- Personas con discapacidad.
1.Los poderes públicos de Canarias, en el contexto general de garantías de los derechos de las personas con discapacidad, desarrollarán acciones para **las mujeres con discapacidad**, que tengan como eje transversal de las políticas públicas sus necesidades específicas, con el fin de asegurar su inclusión y acceso en igualdad a todos los ámbitos de la sociedad.

2. Se garantizará por parte de los poderes públicos que la **discapacidad** no sea un obstáculo para formar una familia, y se garantizará a las personas con discapacidad tener acceso a la información sobre la planificación familiar y reproducción, y a decidir personalmente sobre las cuestiones que les afecten directamente a su integridad personal. Igualmente, se potenciará la adopción de medidas de apoyo a la inserción laboral y la eliminación de barreras que impidan la contratación de las **personas con discapacidad**.

- **LEY 16/2003, DE 8 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LAS MUJERES CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO[147].**

No encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad

Cantabria

- **LEY DE CANTABRIA 1/2004, DE 1 DE ABRIL, INTEGRAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES Y LA PROTECCIÓN A SUS VÍCTIMAS[148]**

No encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad

- **PROYECTOS DE LEY.DE CANTABRIA PARA LA IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES. [7L/1000-0026][149]**

Exposición de Motivos
Aún hoy, existe un importante número de mujeres que sufren una múltiple discriminación, ya que, junto a la discriminación por razón de sexo, padecen otras discriminaciones derivadas de factores como la raza, origen étnico, lengua, edad, **existencia de discapacidad**, patrimonio, orientación sexual, etc.

En las políticas de bienestar social con referencia a la implantación de políticas de igualdad en relación a las **mujeres con discapacidad**, contemplando la diversidad e interculturalidad y con atención al tráfico y explotación sexual.

Artículo 3. Principios Generales de actuación de los Poderes Públicos.
3.5. El reconocimiento y la especial protección que requieren las situaciones de discriminación múltiple acumulativa que pueden sufrir algunas mujeres o grupos de mujeres por concurrir en ellas otros factores como la raza, color, nacimiento, origen étnico, religión, **discapacidad**, edad, orientación sexual, patrimonio, religión, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, lengua, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que pueda dar lugar a situaciones de discriminación.

Artículo 44. Igualdad de trato y de oportunidades en la Enseñanza universitaria.

[147] Martes 8 julio 2003 BOE núm. 162.
[148] BOC nº 70, de 12 de abril de 2004.
[149] BOC nº 476, 15de marzo de 2011.

g) El acceso a la enseñanza universitaria de mujeres **con diferentes discapacidades** y el fomento de las nuevas tecnologías para facilitar su integración académica.

Artículo 94. Promoción del ejercicio de derechos de conciliación en las Administraciones públicas cántabras
3. Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas que se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o que hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal o atención a personas mayores dependientes o **personas con discapacidad**, se les otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación.

Artículo 105. Atención a la diversidad en salud.
Las Administraciones Públicas cántabras prestarán especial atención a aquellos colectivos de mujeres que presenten mayor riesgo en la protección y atención a su salud, entre ellos las mujeres víctimas de violencia de género, **mujeres con discapacidad**, mujeres pertenecientes a una etnia minoritaria, mujeres con trastornos de la alimentación, mujeres con trastornos mentales y mujeres prostituidas.

Artículo 116. Mujeres con discapacidad.
1. Las Administraciones públicas cántabras, en el ámbito de sus competencias y en el contexto general de garantías de los derechos de las **personas con discapacidad**, desarrollarán acciones específicas para las mujeres con discapacidad para asegurar su inclusión y acceso en igualdad a todos los ámbitos de la vida.
2. Entre esas acciones específicas se encontrarán:
a) Medidas de apoyo para su acceso al empleo y a unas condiciones de trabajo compatibles con sus características específicas.
b) Mejoras en el acceso a la información sobre salud sexual y reproductiva y a los servicios de planificación familiar y reproducción.
c) Garantías de una información accesible y adecuada a sus necesidades especiales, sobre las medidas y recursos existentes para evitar su exclusión social.
d) Medidas que potencien su autonomía y la toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con su integridad personal.

Castilla-La Mancha

- **LEY 12/2010, DE 18 DE NOVIEMBRE, DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES DE CASTILLA-LA MANCHA[150].**

Artículo 28. *Derechos de las mujeres con diferentes discapacidades.*
La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha garantizará a las **mujeres con diferentes discapacidades**, psíquicas, funcionales o sensoriales, de grado igual o superior al 33 por ciento, el derecho a la información asequible y adecuada a sus necesidades, sobre las medidas y recursos existentes para el acceso a la educación, a la formación universitaria y para el acceso al empleo y condiciones de trabajo en función de sus características específicas. Igualmente, facilitará la formación necesaria para el conocimiento de las nuevas tecnologías y de los equipamientos, adecuados a sus circunstancias personales, para conseguir su integración.

Artículo 35. *Igualdad de trato y de oportunidades en la enseñanza universitaria.*
f) El acceso a la enseñanza universitaria de las **mujeres con diferentes discapacidades** y el fomento de las nuevas tecnologías para facilitar su integración académica.

Artículo 36. *Incentivos al empleo femenino.*
g) Incentivar la contratación de **mujeres con diferentes discapacidades**, tanto en los planes de empleo locales como en la empresa privada, subvencionando las medidas imprescindibles de adecuación del espacio laboral a la minusvalía de la persona con contrato indefinido.

Artículo 46. *Salud y Género*
b) Garantizar que en el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha habrá un servicio especializado de salud reproductiva adaptado para las **mujeres con diferentes discapacidades**.
c) Atender a los colectivos de mujeres con mayor riesgo para su salud con la creación de programas educativos y preventivos específicos, en particular a mujeres adolescentes, víctimas de violencia de género, mayores, inmigrantes, **con diferentes discapacidades**, con enfermedad mental, drogodependientes y prostituidas.

[150] Diario Oficial de Castilla-La Mancha» número 228 de 25 de noviembre de 2010.

- **LEY 5/2001, DE 17 DE MAYO, DE PREVENCIÓN DE MALOS TRATOS Y DE PROTECCIÓN A LAS MUJERES MALTRATADAS[151].**

No encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad.

Castilla y León

- **LEY 13/2010, DE 9 DE DICIEMBRE, CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN CASTILLA Y LEÓN[152].**

Art 20.2.A los efectos de la presente ley se entiende por menores dependientes de **la mujer víctima de violencia de género** los que se encuentren bajo la patria potestad, o guarda y custodia de la mujer agredida. Las personas mayores dependientes de la mujer serán aquellas que, por razones de edad, enfermedad **o discapacidad** requieran del apoyo económico o asistencial de la mujer agredida.

- **DECRETO 1/2007, DE 12 DE ENERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL IV PLAN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES DE CASTILLA Y LEÓN (2007-2011)[153].**

Objetivo Específico 5. Conseguir la plena integración social de las discapacitadas, en condiciones de igualdad, en la sociedad castellana y leonesa.
Medidas:
1. Impulsar la realización de estudios e investigaciones sobre la situación y necesidades de las mujeres con discapacidad en Castilla y León.
2. Realizar campañas de sensibilización que promuevan una imagen normalizadora e integradora de las **mujeres con discapacidad**.
3. Elaborar y difundir material divulgativo sobre las medidas de asistencia y atención para la **mujer discapacitada** en nuestra Comunidad, incorporando sistemas de comunicación alternativos.
4. Fomentar la introducción en la baremación de ofertas de los contratos suscritos por la Junta de Castilla y León que, en caso de empate de puntos, se valorará favorablemente aquella oferta que contemple medidas de accesibilidad e integración de **mujeres discapacitadas**.
5. Impulsar la introducción en los Convenios Colectivos de cláusulas destinadas a mejorar la integración de las **mujeres con discapacidad**, respetando la autonomía colectiva.
6. Primar en la baremación de las subvenciones concedidas por la Dirección General de la Mujer aquellas solicitudes que contemplen una mejor integración de las **mujeres con discapacidad**.
7. Introducir el tema de la discapacidad en las actividades formativas organizadas por la Dirección General de la Mujer, con el fin de mejorar la atención de los y las profesionales así como el acceso a los recursos por parte de este colectivo de mujeres.
8. Difundir las pautas expresadas por el **Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad** elaborado por el Foro Europeo de la Discapacidad.
9. Mejorar la accesibilidad de todos los centros de la Red de Asistencia a la Mujer en Castilla y León para las **mujeres con discapacidad**.
10. Colaborar técnica y económicamente con las redes sociales y las asociaciones que tienen entre sus objetivos apoyar a este colectivo de mujeres.

Cataluña

- **LEY 5/2008, DE 24 DE ABRIL, DEL DERECHO DE LAS MUJERES A ERRADICAR LA VIOLENCIA MACHISTA EN CATALUÑA**

Artículo 35. ***Acceso prioritario a las viviendas de promoción pública.***
2. Las reservas deben efectuarse teniendo en cuenta el número de mujeres que se hallan en las situaciones descritas por el apartado 1 y **las mujeres que se hallan en situación de discapacidad**, que deben ser consideradas un colectivo preferente en el acceso a las viviendas reservadas por la legislación a personas con discapacidad.

---

[151] Diario Oficial de Castilla-La Mancha» número 62, de 25. de mayo de 2001.
[152] BOCYL 20 de diciembre de 2010 Núm. 243.
[153] Miércoles, 17 de enero 2007 B.O.C. y L. - Nº 12.

Artículo 36. *Residencias públicas.*
1. Las mujeres mayores de sesenta y cinco años y **las mujeres con discapacidad** que sufren violencia machista y que se hallan en situación de precariedad económica deben ser consideradas un colectivo preferente a efectos de tener acceso a las plazas de residencias públicas, siempre y cuando esta sea la opción escogida por las mujeres beneficiarias.

Artículo 37. *Ayudas a la adaptación funcional del hogar.*
En la obtención de ayudas públicas destinadas a la adaptación funcional del hogar las administraciones deben dar preferencia a **las mujeres con discapacidad** que sufran violencia machista.

Artículo 71. *Discapacidad.*
1. El Gobierno debe garantizar que el ejercicio de los derechos y el acceso a los recursos y servicios regulados en este título no se vean obstaculizados o impedidos por la existencia de barreras que impidan la accesibilidad y garanticen la seguridad del entorno en el acceso.

2. **Las mujeres con un grado de discapacidad igual o superior al 33%** y que sufren violencia machista tienen derecho a una mejora económica o temporal de los derechos económicos establecidos en este título, de acuerdo con los requisitos y las condiciones que se establezcan por reglamento para facilitar su proceso de recuperación y reparación

Comunidad Valenciana

- **LEY 9/2003, DE 2 DE ABRIL, PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES** [154]

Artículo 14. Igualdad y mujeres con discapacidad.
La Generalitat garantizará que las medidas de apoyo a la inserción laboral contemplen especialmente a las **mujeres discapacitadas**, sobre todo en aquellos aspectos que puedan redundar en el mejor mantenimiento de su estado de salud o evitación de empeoramiento del mismo, así como en la conciliación familiar y crianza de las hijas y los hijos.

Artículo 29. Campañas de información e igualdad de mujeres con discapacidad.
La Generalitat Valenciana, en todas las campañas de información sobre las medidas y normas contempladas en la ley, en especial las de sensibilización contra la violencia de género, vigilará para la utilización de los medios adecuados para hacer llegar sus mensajes a las **mujeres con discapacidad.**

Artículo 30. Servicios de traducción.
La Generalitat Valenciana garantizará servicios de traducción o interpretación al lenguaje de signos para atender a mujeres carentes de visión u oído, de tal manera que se facilitarán los textos con los derechos, servicios y recursos existentes en braille para **mujeres ciegas** y transcripciones de los mismos para **personas sordas**

- **LEY 6/2009, DE 30 DE JUNIO, DE LA GENERALITAT, DE PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD EN LA COMUNIDAD DE VALENCIA**[155]

El Consell ha impulsado el programa +Vida como un conjunto de medidas de carácter socioeconómico para atender a las mujeres gestantes, preferentemente a aquellas que por encontrarse en riesgo de exclusión social, ser menores de edad o tener **alguna discapacidad**, necesitan de un apoyo integral para ejercer la maternidad.

De gran importancia es, además, la atención a una serie de situaciones de riesgo o vulnerabilidad de las madres, acompañada lógicamente de mecanismos especiales de protección. Particular atención requieren las mujeres gestantes menores de edad, para las que se diseña un régimen especial de protección, **las mujeres con discapacidad** y las mujeres inmigrantes.

Artículo 25. De las mujeres gestantes con discapacidad o incapacitación judicial.
1. La Generalitat velará por el cumplimiento de los derechos de las **mujeres gestantes con discapacidad** o incapacidad judicial para proteger su maternidad.
2. Se les deberá proporcionar las ayudas, apoyos y asistencia necesarios, desde el inicio del embarazo, en función de su **discapacidad** o incapacidad judicial

[154] Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm. 4.474, de 4 de abril de 2003.
[155] Diari Oficial de la Comunitat Valenciana núm., 6049 de 30 de julio de 2009.

Extremadura

- **LEY 8/2011, DE 23 DE MARZO, DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EXTREMADURA[156]**

Artículo 22. Desarrollo del principio de interseccionalidad.
3. Con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de ciudadanía de todas las mujeres, promover su participación política, económica, social, laboral y cultural, así como el acceso a los recursos y servicios en igualdad de oportunidades, los poderes públicos de Extremadura podrán poner en marcha de forma prioritaria acciones positivas para aquellos colectivos en los que confluyan diversos factores de discriminación. Fundamentalmente se atenderá a los factores de hábitat de residencia, orientación sexual, **discapacidad**, etapa del ciclo vital, etnia y raza, condición migratoria, problemas de salud mental, privación
de libertad y drogodependencia.

Artículo 43. Incentivos a la contratación de mujeres.
La Junta de Extremadura fomentará la contratación estable de las mujeres, bien incentivando contratos fijos o mediante la transformación en indefinidos de los contratos temporales, pudiendo cualificar estas ayudas en función de los sectores o categorías profesionales en los que las mujeres se encuentren subrepresentadas. Asimismo, establecerá medidas de fomento
de la contratación de aquellas mujeres que presenten mayor vulnerabilidad y riesgo de discriminación por su temprana o tardía edad, **su discapacidad**, su condición de inmigrante,
su vecindad en el ámbito rural, el haber sido víctima de violencia de género o cualquier otra condición de especial vulnerabilidad, conforme se determine reglamentariamente.

Artículo 57. Organización de espacios, horarios y creación de servicios.
3. La Administración educativa y la Administración asistencial, tanto de menores en edad no escolarizados, de mayores, personas con discapacidad o con algún grado de dependencia, promoverán la existencia de centros de educación infantil y centros de cuidados de personas mayores, **con algún tipo de discapacidad** o dependencia, con horarios compatibles con las jornadas, de descansos y permisos que favorezcan la conciliación de la vida personal, laboral y familiar de mujeres y hombres.

Artículo 59. Conciliación en el empleo público.
3. En la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación, se otorgará preferencia, durante un año, a quienes se hayan reincorporado al servicio activo o actividad laboral procedentes de un permiso, excedencia o suspensión de contrato por maternidad, paternidad o guarda legal, incluidos los supuestos de adopción y acogimiento y el cuidado de personas con algún tipo de enfermedad, **discapacidad** o dependencia, conforme se determine reglamentariamente.

Artículo 63. Igualdad en las políticas de inclusión social.
5. La Junta de Extremadura en todas las campañas de información sobre las medidas y normas contempladas en la ley, en especial las de sensibilización contra la violencia de género, utilizará los medios adecuados para hacer llegar sus mensajes a todas las mujeres, especialmente a **las mujeres con discapacidad** y a las mujeres inmigrantes.

Artículo 75. Medios de comunicación social.
c) Garantizará que, en los medios de titularidad pública se pongan en marcha, de forma periódica, campañas institucionales de información y difusión dirigidas a poner en valor la necesaria presencia y participación social y política de las mujeres y la eliminación de la desigualdad entre los dos sexos y, en especial, de sensibilización contra la violencia de género, el acoso sexual y la explotación sexual de las mujeres. A estos efectos, velará por la utilización de los mecanismos adecuados para hacer llegar estos mensajes, también, a **las mujeres con alguna discapacidad sensorial**, estableciendo, para ello, los servicios de traducción necesarios.

Artículo 92. Actuaciones de sensibilización, prevención e información
2. Las Administraciones Públicas de Extremadura desarrollarán periódicamente actuaciones destinadas a informar y sensibilizar a mujeres y hombres, modificar los modelos y actitudes, mitos y prejuicios sexistas y concienciar a la sociedad sobre la violencia de género como una problemática social que atenta contra nuestro sistema de valores. Dichas acciones, asimismo, deberán dirigirse a la población en general. En su caso, se adaptarán a las especiales circunstancias de niños y niñas, personas en edad adolescente y juvenil, personas inmigrantes, personas que viven en el medio rural y **personas con discapacidad**

[156] DOE 59 de 25 de marzo de 2011.

Galicia

- **LEY 2/2007, DE 28 DE MARZO, DEL TRABAJO EN IGUALDAD DE LAS MUJERES DE GALICIA[157]**

No encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad.

Comunidad de Madrid

- **LEY 5/2005, DE 20 DE DICIEMBRE, INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

Exposición de Motivos
Asimismo, se ha hecho especial hincapié en hacer visible y atender a aquellas víctimas de la Violencia de Género, cuya singular situación las hace más vulnerables, como son muy evidentemente las mujeres inmigrantes y **las mujeres con discapacidad.**

Artículo 2. Ámbito de aplicación.
3. a) Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aún sin convivencia. En el caso **de mujeres con discapacidad**, también las agresiones físicas o psíquicas ejercidas por hombres de su entorno familiar o institucional, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

Artículo 3. ***Objetivo y ámbitos***
2. A tal efecto la Comunidad de Madrid, en el marco de sus competencias estatutarias, adoptará las medidas de sensibilización pertinentes en los ámbitos publicitario y de los medios de comunicación y social, prestando especial atención a mujeres pertenecientes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor, y haciendo posible, en todo caso, la accesibilidad a estas campañas a **las mujeres con discapacidad**.

Artículo 15. Principios de actuación.
b) Efectividad. Se adoptarán las medidas necesarias para que tengan garantizado el ejercicio efectivo de sus derechos las víctimas cuyas circunstancias personales y sociales supongan una mayor dificultad para el acceso integral a la asistencia y en especial, las mujeres inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, **o mujeres con discapacidad**

Navarra

- **LEY FORAL 22/2002, DE 2 DE JULIO, PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS INTEGRALES CONTRA LA VIOLENCIA SEXISTA[158].**

Artículo 4. Información y sensibilización social.
1. Las Administraciones Públicas de Navarra realizarán campañas de sensibilización sobre la violencia de género y en favor de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. A este efecto, utilizarán cuantos medios sean precisos para que el conjunto de la población y especialmente las mujeres dispongan de la información suficiente sobre los derechos que les asisten y los recursos existentes, prestando especial atención **a mujeres** del ámbito rural, inmigrantes, **con discapacidades** y aquellas otras pertenecientes a colectivos o ámbitos donde el nivel de desprotección pueda ser mayor.

- **LEY FORAL 33/2002, DE 28 DE NOVIEMBRE, DE FOMENTO DE LA IGUALDAD DE PORTUNIDADES ENTRE MUJERES Y HOMBRES[159]**

No encontramos referencias específicas a las mujeres y niñas con discapacidad.

[157] Diario Oficial de Galicia» número 72, de 13 de abril de 2007.
[158] Boletín Oficial de Navarra» número 84, de 12 de julio de 2002.
[159] Boletín Oficial de Navarra» de 13 de diciembre de 2002.

País Vasco

- **LEY 4/2005, DE 18 DE FEBRERO, PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES. LUNES 14 DE NOVIEMBRE DE 2011[160].**

Hay un **importante número de mujeres que sufren una múltiple discriminación,** ya que, junto a la discriminación por razón de sexo, padecen otras discriminaciones derivadas de factores como la raza, origen étnico, lengua, edad, **discapacidad**, patrimonio, orientación sexual, etc. Todo ello está condicionando, en muchos casos, el ejercicio pleno de los derechos inherentes a la ciudadanía por parte de las mujeres.

Los poderes públicos vascos garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de aquellas mujeres o **grupos de mujeres que sufran una múltiple discriminación** por concurrir en ellas otros factores que puedan dar lugar a situaciones de discriminación, como la raza, color, origen étnico, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, **discapacidad**, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Región de Murcia

LEY 7/2007, DE 4 DE ABRIL, PARA LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES, Y DE PROTECCIÓN CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA REGIÓN DE MURCIA[161].

Artículo 26. *Integración social de mujeres en riesgo de exclusión o de especial vulnerabilidad.*
2. A los efectos de la presente Ley se considerarán «grupos de especial vulnerabilidad» a las **mujeres discapacitadas**, a las que viven y trabajan en el ámbito rural, las inmigrantes, las que ejercen la prostitución, las mujeres de la tercera edad, las ex reclusas, las viudas, las que tengan a su cargo familias monoparentales, las paradas de larga duración y las que desean retornar al mundo laboral tras abandonarlo por el cuidado de la familia, todo ello sin perjuicio de la posible inclusión de otros grupos de mujeres que sufran situaciones análogas que las coloquen igualmente en una situación de especial dificultad.

Artículo 37. *Igualdad de oportunidades en el marco de la comunicación.*
b) Utilizará los medios adecuados para garantizar y hacer llegar los mensajes que se emitan a través de los diferentes medios, y en especial los dirigidos a **mujeres con alguna discapacidad sensorial**, estableciendo, a tal efecto, los servicios de traducción necesarios para atender estos casos.

Artículo 40. *Definición y formas de violencia de género.*
a)Las agresiones físicas o psíquicas a la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por análoga relación de afectividad aun sin convivencia. En el caso de **mujeres con discapacidad**, se incluirán aquellas agresiones ejercidas por hombres de su entorno familiar, aunque no tengan la condición de cónyuge o persona con la que esté ligada por análoga relación de afectividad aun sin convivencia

[160] B.O.E. Núm. 274 Lunes 14 de noviembre de 2011.
[161] BOE núm. 176 Martes 22 julio 2008.

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES Y NIÑAS CON DISCAPACIDAD EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ana Peláez Narváez

Comisionada de Género del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)

Miembro del Comité de Naciones Unidas para el Seguimiento Internacional de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

apn@cermi.es

Índice

1. Introducción

2. La Justificación de un Gran Olvido

3. Las Primeras Aportaciones de la Unión Europea

4. La Evolución de las Disposiciones Relativas a la Mujer y el Género en los Trabajos del Comité Ad Hoc

5. El Papel de la Facilitadora del Artículo 6

6. El Desarrollo del Artículo Específico

7. Otras Referencias a las mujeres y el género en la convención

    7.1. Violencia
    7.2. Salud
    7.3. Protección Social
    7.4. El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

1. Introducción

Pese a que empiezan a ser ya numerosos los artículos y publicaciones dedicados a la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD)*, son muy escasos los que abordan los asuntos del género o de la situación específica de las mujeres y niñas con discapacidad en dicho tratado. Una importante excepción a esta tendencia la ha propiciado un valioso estudio alemán recientemente publicado y traducido al inglés que tiene por objeto interpretar la CRPD desde el prisma del género y los derechos de la población femenina con discapacidad, realizado por dos valiosas activistas que dedicaron buena parte de su trabajo a la lucha activa para la incorporación de estas cuestiones en el texto del Tratado durante las negociaciones preparatorias: Sigrid Arnade y Sabine Haefner. Gracias a su análisis detallado y método riguroso, el objeto de este capítulo se torna sencillo, ya que resume y sintetiza la génesis de la incorporación del género en la CRPD, contextualizando la participación que el CERMI hizo desde España, primero como movimiento organizado de la discapacidad, y después formando parte de la delegación gubernamental en las negociaciones finales del Comité Ad Hoc.

Es, pues, nuestra intención poder ofrecer a lo largo de las páginas que siguen una mirada retrospectiva que nos permita comprender mejor cuáles fueron las circunstancias que favorecieron y en otros casos dificultaron o impidieron la consideración de las cuestiones de género y de los asuntos específicos de las mujeres y niñas con discapacidad en las negociaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Con la seguridad de que las lecciones aprendidas deben guiar la praxis en la adecuada implementación de este tratado internacional por los Estados que la hayan ratificado o se propongan hacerlo próximamente, trataremos de presentar la evolución de las disposiciones relativas a la mujer y el género en la CRPD, prestando especial atención al artículo específico, pero también a las demás referencias a la mujer y el género en la convención. No abordaremos, sin embargo, las cuestiones

interpretativas de dichos artículos, lo que seguramente constituirá el objeto de futuros análisis en algún otro lugar.

2. La Justificación de un Gran Olvido

Mediante la aprobación de la Resolución 56/168, en diciembre de 2001, la Asamblea General de Naciones Unidas constituyó un Comité Ad Hoc encargado de recopilar propuestas para la preparación de una *convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*[162]. A partir de ese momento, fueron ocho las reuniones mantenidas por dicho Comité, desde el inicio de las negociaciones en el año 2002 hasta concluir su labor en agosto de 2006.

Sin embargo, el debate en torno a la protección de las mujeres y niñas con discapacidad de la discriminación y, por ende, su consideración en la convención, no comenzó desde el inicio, lo que tuvo sus consecuencias directas en los resultados obtenidos en materia de género, como más adelante veremos. En las dos primeras reuniones del Comité Ad Hoc, los Estados tenían que determinar, en primer lugar, las condiciones y la forma de negociar una convención de derechos humanos de personas con discapacidad en el marco de un comité ad hoc, sin dudas, ni fisuras sobre su idoneidad. Así mismo, se tenían que definir los principios básicos y los asuntos centrales de su contenido. Pero, adicionalmente a todas estas cuestiones comunes a las primeras negociaciones de otros tratados de derechos humanos, en esta ocasión hacía falta decidir, además, si las organizaciones no gubernamentales iban a participar en las negociaciones y, de hacerlo, de qué manera, ya que se trataba de una situación nueva en el sistema de Naciones Unidas.

Consecuentemente, el hecho de incorporar la perspectiva de la mujer o la perspectiva de género en la Convención no se abordó hasta una fase posterior de las negociaciones, porque ni las delegaciones gubernamentales, ni tampoco las organizaciones no gubernamentales implicadas se percataron de la

[162] Véase: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/488/79/PDF/N0148879.pdf?OpenElement

urgencia de esta cuestión, además de no contar en esos momentos iniciales con activistas para hacerlo.

Por otro lado, en el ámbito de las convenciones de derechos humanos, era frecuente utilizar un lenguaje que no distinguiera entre géneros. La Convención sobre los derechos del niño (CRC) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) constituían, no obstante, excepciones a esta regla. Quienes defendían esta posición generalista, afirmaban que la palabra “personas” abarcaba a todos los seres humanos, temiendo que se utilizaran argumentos semejantes para incluir otros grupos que sufrían el mismo nivel de discriminación.

Pero, por si tales argumentos no fuesen suficientes, quienes se oponían a la incorporación de la perspectiva de género en la Convención argumentaban además que las mujeres con discapacidad ya estaban consideradas en un tratado específico, no siendo entonces necesaria una especial atención hacia ellas. Antes bien, sostenían que había que mejorar el proceso de presentación de informes relativos a la aplicación de la CEDAW, lo que mejoraría la manera de informar al respecto de las mujeres y niñas con discapacidad.

3. Las Primeras Aportaciones de la Unión Europea

A fin de agilizar el diálogo multilateral en las negociaciones, la Unión Europea y otros grupos regionales comenzaron a participar en el Comité Ad Hoc con una sola voz, lo que exigía de reuniones previas para el consenso global. De este modo, el país que ostentara la Presidencia del Consejo de la UE coordinaba los debates y ejercía de portavoz, infiriendo su impronta en dicho proceso. No debe, pues, resultar extraño, que se sucedieran negociaciones paralelas muy duras para acordar una postura única, si tenemos en cuenta que el proceso de negociación del texto del articulado implicó directamente a diez Presidencias de países con trayectorias muy diferentes, tanto en el ámbito de la discapacidad, como en el de la igualdad de género.

Cuando la Unión Europea llegaba a un acuerdo, la única manera de cambiarlo era con el consentimiento de todos los Estados Miembros, por lo que resultaba muy difícil lograr el apoyo de todos los países en el proceso paulatino de incorporar la perspectiva de las mujeres y niñas en la convención; o, al menos, conseguir que no se pronunciara en contra del proceso.

En la tercera reunión del Comité Ad Hoc se produjo ya un debate no falto de polémica en torno a las primeras propuestas de la Unión Europea para que se incorporaran disposiciones específicas relativas a las mujeres en el Preámbulo, pese a no ser éste un espacio jurídicamente vinculante para los Estados ratificantes. La propuesta que entonces la Presidencia del Consejo había ofrecido era la de reconocer la discriminación múltiple que sufrían las mujeres y niñas con discapacidad y sus correspondientes desventajas, así como reconocer su mayor exposición al riesgo de sufrir violencia y abusos. Sin embargo, las manifiestas discrepancias entre los diferentes Estados se tradujo en un acuerdo regional para abordar la discriminación de las mujeres y niñas sólo en el Preámbulo y evitar otras referencias específicas a ellas en el articulado de la convención, dejando, por tanto, fuera la posibilidad de incorporar un artículo específico.

NETZWERK ARTIKEL 3 e.V.[163] y la Sozialverband Deutschland (SoVD)[164] se convirtieron en la punta de lanza de un movimiento en Alemania a favor de modificaciones en la propuesta de convención para aplicar los principios de la transversalización de género. Ambas organizaciones presentaron propuestas concretas que se debatieron posteriormente y, gracias a ellas, se fortaleció la posición de la delegación alemana durante el proceso de negociaciones.

Por su parte, desde el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) se desarrolló una ardua labor de lobby para convencer

[163] Netzwerk Artikel 3 es una red nacional en Alemania que promueve iniciativas a favor de la igualdad para las personas con discapacidad, siguiendo un enfoque basado en los derechos humanos. Ha influido DPI-Alemania (Interessenvertretung Selbstbestimmt Leben in Deutschland) en las actividades de NETZWERK. www.nw3.de.

[164] Asociación Social de Alemania: una organización nacional que representa los intereses de los pensionistas, las personas con discapacidad, los pacientes y sus familiares. www.sovd.de.

a la delegación del gobierno de España presente en las negociaciones de Nueva York de la necesidad de buscar aliados en la Unión Europea que permitieran reconducir las posturas expresadas a favor de un artículo específico de mujeres con discapacidad.

Pese a los retrocesos iniciales, fue positivo, no obstante, que no pocas mujeres europeas tomaran conciencia de la necesidad de influir en estas negociaciones, se organizaran a nivel internacional y reivindicaran referencias a las mujeres y niñas en los artículos relativos a asuntos que les afectaban en particular, además de abogar por uno específico. Gracias al estatus consultivo que había obtenido el Foro Europeo de la Discapacidad ante ECOSOC, muchas de tales mujeres empezaron a participar en las sesiones de trabajo del Comité Ad Hoc por invitación de aquel.

4. La Evolución de las Disposiciones Relativas a la Mujer y el Género en los Trabajos del Comité Ad Hoc

El primer borrador de la convención (*Convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad*) fue preparado por un Grupo de aproximadamente 50 personas y puesto a disposición del Comité Ad Hoc en enero de 2004. Lamentablemente, dicho documento apenas contenía referencias a la mujer o al género.

Durante la tercera reunión del citado Comité, que tuvo lugar del 24 de mayo al 4 de junio de ese mismo año, se iniciaron las negociaciones relativas al texto de la convención. En el transcurso de dicha reunión, la delegación del Gobierno de Corea propuso la incorporación de un artículo específico sobre los asuntos de la mujer (27 de mayo de 2004)[165]. Dado que el texto propuesto contenía ya un artículo sobre los niños con discapacidad (artículo 16), se propuso además introducir este nuevo artículo entre el 15 y el 16, nombrándolo como “15 bis”. En su contenido se abordaban varios asuntos de interés para las vidas de las mujeres con discapacidad, tales como la maternidad, el empleo y la violencia.

[165] www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstata6tscomments.htm#chile.

Sin embargo, la inclusión de las mujeres con discapacidad en el texto de la convención no se planteó de nuevo en sesión plenaria hasta el segundo día de la sexta reunión del Comité Ad Hoc, que tuvo lugar del 1 al 12 de agosto de 2005[166]. En esta ocasión, fueron dos las tendencias que inicialmente se plantearon, aunque pronto aparecerían otras más: la de quienes apoyaban a la República de Corea y su propuesta de añadir un artículo específico que abordara los asuntos de la mujer; y la de quienes respaldaban la posición de la Unión Europea, que perseguía la incorporación del principio de igualdad de manera transversal en todo el articulado de la convención. Esta postura se materializó en estos momentos con la inclusión de una referencia a la discriminación múltiple que sufrían las mujeres con discapacidad en el Preámbulo, y de una referencia a la igualdad entre la mujer y el hombre en el artículo 4, relativo a las obligaciones generales.

La postura de Corea recibió apoyo principalmente de los estados africanos, de algunos estados latinoamericanos y de algunos estados de Asia. Por su parte, la Unión Europea recibió los apoyos de Nueva Zelanda, Australia, Japón y de algunos estados europeos que no formaban parte de la UE.

Ante esta divergencia de tendencias, Costa Rica y Canadá se pronunciaron a favor de una tercera opción: tener presente las reivindicaciones justificadas de las mujeres con discapacidad en aquellos artículos donde fuera necesario.

La solución más conciliadora, sin embargo, la ofrecieron algunas de las ONGs, que propusieron el llamado "enfoque de doble vía"[167], consistente en la incorporación de un artículo independiente que abordara específicamente los asuntos de la mujer y la incorporación de referencias a la mujer y el género en otros artículos importantes de la convención.

---

[166] Se puede acceder al debate en el siguiente enlace: www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum2aug.htm.

[167] Sabine Haefner y Sigrid Arnade habían propuesto el "enfoque de doble vía" en el documento "Hacia la visibilidad de las mujeres con discapacidad en la convención de la ONU", que se publicó en julio de 2005 - www.netzwerk-artikel-3.org/un-konv/doku/draftend.pdf.

Al término de la sexta reunión del Comité Ad Hoc, sin duda alguna, una de las más productivas para la causa de las mujeres con discapacidad, el Presidente (Don MacKay, embajador de Nueva Zelanda) planteó la cuestión de nuevo, afirmando que ya existía un consenso amplio entre los estados implicados en las negociaciones a favor de la idea de incorporar a las mujeres con discapacidad en la convención por la discriminación múltiple que sufren, y manifestando que las discrepancias entre las partes sólo giraban en torno a la mejor estrategia para lograr este objetivo. Consecuentemente, anunció el nombramiento de una facilitadora que se ocupara de este asunto, cuestión esta que abordaremos en un apartado diferente.

La incorporación de la perspectiva de la mujer con discapacidad en la convención se debatió de nuevo en sesión plenaria los días 1 y 2 de febrero de 2006[168], en un momento en el que muchas delegaciones gubernamentales apoyaban ya la iniciativa de un artículo independiente que abordara específicamente los asuntos de la mujer y referencias adicionales en otros artículos de la convención, respaldando así el enfoque de doble vía.

Finalmente, también durante la octava reunión del Comité Ad Hoc (que tuvo lugar ese mismo año del 14 al 25 de agosto), se volvió a plantear el asunto de las mujeres con discapacidad en sesión plenaria el tercer día de trabajo. En aquel momento, el Presidente del Comité manifestó, incluso, al comienzo del debate que existía un acuerdo en torno al enfoque de doble vía. De hecho, votaron a favor de este enfoque casi todas las delegaciones gubernamentales; entre ellas, la República de Corea y la Unión Europea.

Gracias a todo este trabajo de años, de negociaciones arduas y de no pocas reuniones paralelas, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye el artículo 6, que aborda específicamente los asuntos de las mujeres con discapacidad. Asimismo, existen referencias a la mujer y el género en el Preámbulo y en los artículos 3 (Principios generales), 8 (Toma de

[168] Se puede acceder a los debates en los siguientes enlaces: www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum01feb.htm. www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum02feb.htm.

conciencia), 16 (Protección contra la explotación, la violencia y el abuso), 25 (salud), 28 (Nivel de vida adecuado y protección social) y 34 (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad).

5. El Papel de la Facilitadora del Artículo 6

Como se ha comentado anteriormente, en la sexta reunión del Comité Ad Hoc, fue nombrada facilitadora la catedrática y doctora Theresia Degener[169], abogada, mujer con discapacidad y componente de la delegación del gobierno de Alemania, cargo que desempeñaría hasta el final del séptimo periodo de sesiones. Esta misma práctica se llevó a cabo también con otros asuntos, nombrando a facilitadores prácticamente para cada uno de los artículos que carecían de consenso en los debates plenarios.

La experiencia de Theresia Degener en el grupo de trabajo encargado de elaborar el primer borrador del texto de la convención en enero de 2004 le permitió identificar con claridad dónde podrían estar las dificultades en relación con los asuntos de género en las negociaciones iniciadas y proponer soluciones razonables que posibilitaran el consenso general.

Su función consistía en elaborar una propuesta acordada que aprobara la sesión plenaria. Para ello, tenía que conocer de primera mano las posturas de los representantes de los estados más comprometidos con la incorporación de la perspectiva de género y de la defensa de los derechos de la mujer, y fomentar el debate entre las partes enfrentadas. Para ello, elaboró varias propuestas y convocó otras reuniones adicionales al margen de las sesiones plenarias para someterlas a la consideración de las personas presentes en las mismas.

A diferencia de otras personas facilitadoras, Theresia Degener colaboraba con otra facilitadora, Josephine Sinyo, por indicación del Presidente, Don MacKay,

[169] El presidente del Comité Ad Hoc designaba a las llamadas “personas facilitadoras” en caso de que las delegaciones gubernamentales fueran incapaces de llegar a un acuerdo sobre un artículo en las sesiones plenarias. Su función era la de elaboración de un posicionamiento conjunto de aquellos gobiernos que quisieran participar en el proceso.

quien encontró en la unión del género y la infancia un valor estratégico importante para ambas causas.

Mientras tanto, algunos Estados comenzaron a pedir que se eliminara el artículo sobre los niños del primer borrador y que se mencionara todos los "subgrupos" ya fuera en el Preámbulo, ya fuera en un artículo específico, o en diferentes partes del texto. Consecuentemente, ambas facilitadoras tuvieron que presentar propuestas conjuntas y organizar reuniones con las partes negociadoras. Aunque este procedimiento complejizaba la interlocución, la iniciativa resultó ser muy astuta y sirvió para promover los intereses de la infancia y de las mujeres, en un equilibrio mutuo entre la adhesión que generaba la primera causa y el análisis crítico que provocaba la segunda.

6. El Desarrollo del Artículo Específico

Artículo 6 – Mujeres con Discapacidad

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Como se ha comentado ya, en la fase preliminar de las negociaciones de la Convención, las delegaciones se pusieron de acuerdo en que las mujeres y niñas con discapacidad se enfrentaban a la discriminación múltiple, y, por lo tanto, sufrían desventajas específicas. Sin embargo, hasta el final del proceso hubo polémica acerca del reconocimiento de este hecho en el Tratado, siendo numerosas las razones esgrimidas en su contra.

El hecho de que las mujeres y niñas con discapacidad fueran víctimas de discriminación múltiple se reconoció en primer lugar en la propuesta de la Unión Europea, con una redacción del párrafo (n) bis del preámbulo[170].

Cuando se debatió en sesión plenaria el artículo 15 bis (Mujeres con Discapacidad) propuesto por la República de Corea durante el sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc, la República de Corea y el Caucus Internacional de la Discapacidad se pronunciaron a favor de reconocer explícitamente en un artículo independiente de la convención la discriminación múltiple de las mujeres y niñas con discapacidad[171]. Al final, el reconocimiento de la discriminación múltiple se incorporó en la propuesta de redacción del primer párrafo del artículo 6, a propuesta de la facilitadora de las disposiciones relativas a los asuntos de la mujer en la convención[172].

En relación con la segunda parte del párrafo primero del artículo 6, en la séptima sesión del Comité Ad Hoc Theresia Degener propuso la incorporación de más medidas concretas. Según su punto de vista, sería necesario que tales medidas fueran específicas, impulsaran el empoderamiento y tuvieran en cuenta el género[173]. No obstante, estas modificaciones se eliminaron del texto

---

[170] Informe del tercer período de sesiones del Comité Ad Hoc, Anexo II, Recopilación de propuestas de revisión y modificación, Preámbulo, (n) bis, **"**Reconociendo el hecho de que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen ser objeto de discriminación múltiple y, por lo tanto, sufren desventajas particulares", A/AC.265/2004/5, 9 de junio de 2004 - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3reports.htm.

[171] Modificaciones propuestas por los Gobiernos, sexta sesión, aportación de Kenia, Propuesta de redacción del artículo 15 bis. - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6kenya.htm; Caucus Internacional de la Discapacidad, Observaciones de las ONG al respecto de la propuesta de redacción, propuesta de artículo 15 bis - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6contngos.htm.

[172] Séptimo período de sesiones, Recopilación de propuestas de revisión y modificación, propuesta conjunta sobre las mujeres y los niños, 28 de enero de 2006. "Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación, y que son necesarias medidas específicas de empoderamiento que tengan en cuenta el género para asegurar que las mujeres y niñas con discapacidad puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales." - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7facilitator.htm.

[173] Séptimo período de sesiones, Recopilación de propuestas de revisión y modificación, propuesta conjunta sobre las mujeres y los niños, 28 de enero de 2006, "Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación, y que son necesarias medidas específicas de empoderamiento que tengan en cuenta el género para asegurar que las mujeres y niñas con discapacidad puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales." - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7facilitator.htm.

en el transcurso de las negociaciones durante la octava reunión (en agosto de 2006).

A la luz de las propuestas de las delegaciones gubernamentales durante la octava sesión, fue evidente que algunos Estados Miembros preferían una redacción genérica ("todas las medidas pertinentes"[174]).

En cuanto al objetivo de empoderar a las mujeres, finalmente fue incorporado en el segundo párrafo del artículo 6. Probablemente, una de las razones que lo justificarían sería porque previamente ya se reconocía que las mujeres y niñas con discapacidad eran víctimas de la discriminación múltiple. Así, algunos estados expresaron el temor a que las medidas estatales dirigidas a las mujeres y niñas con discapacidad pudieran ir más allá de los objetivos de la Convención de los derechos del niño, y específicamente del artículo 5 de la CRC, que protege el derecho de los padres a impartir a sus hijos dirección y orientación apropiadas para que ejerzan sus derechos.

Al concluirse la octava y última ronda de negociaciones, quedaba únicamente pendiente acordar las "medidas" que había que tomar al respecto de la discriminación múltiple de las mujeres y niñas con discapacidad para que pudieran disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Con respecto al párrafo segundo del Artículo 6, la propuesta que presentó la facilitadora durante la séptima sesión del Comité Ad Hoc, no incorporaba aún el objetivo de asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer con discapacidad[175]. Sin embargo, en el transcurso de las negociaciones en las

[174] Por ejemplo Egipto, Marruecos, el Sudán, Siria, Qatar, Arabia Saudí, la Unión Europea, El Salvador, Venezuela, Guatemala, México, Chile, Colombia, Argentina, Costa Rica, la República Dominicana, Panamá, Cuba, Trinidad y Tobago, y Jamaica. Modificaciones propuestas por los Gobiernos, octava sesión, artículo 6 -. www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8gpcart6.htm.

[175] Propuesta conjunta sobre las mujeres y los niños, 28 de enero de 2006 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7facilitator.htm.

sesiones plenarias, se aprobó la incorporación de los objetivos del pleno desarrollo y potenciación, siguiendo el ejemplo del artículo 3 de la CEDAW[176].

Al comienzo del octavo periodo de sesiones, algunas delegaciones propusieron incluir los dos párrafos en la propuesta del artículo 6, lo que hubiera supuesto menores obligaciones para los Estados, por lo que sólo se añadió la potenciación al segundo párrafo.

7. Otras Referencias a las mujeres y el género en la convención

Como se ha dicho con anterioridad, existen otras referencias a la mujer y el género en el articulado de la Convención, algunas de las cuales ya han sido analizadas en otros apartados de este capítulo, al hilo de la evolución y el desarrollo de estos asuntos en la CRPD, por lo que omitiremos repeticiones innecesarias.

Tampoco dedicaremos especial atención a la alusión a las mujeres en artículos que no ocasionaron dificultad por haberse producido el análisis temático del artículo en cuestión en una fase del diálogo en la que ya se había consolidado el reconocimiento de una mayor discriminación en la igualdad de oportunidades de las mujeres con discapacidad. Ése fue el caso, por ejemplo, del artículo 8, en el que, por suerte, hubo consenso en las negociaciones en cuanto a reconocer la existencia de estereotipos y prejuicios en torno a la discapacidad que afectaban de manera especial a las mujeres.

Artículo 8 - Toma de conciencia

1. Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para:

[176] Véase el informe del s**éptimo período de sesiones del Comité Ad Hoc,** A/AC.265/2006/2, Nueva York, 13 de febrero de 2006 - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7report-s.htm.

a) Sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;
b) Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el géneroo o la edad, en todos los ámbitos de la vida;
c) Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. Las medidas a este fin incluyen:

a) Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:
i) Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;
ii) Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;
iii) Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;
b) Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;
c) Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;
d) Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas.

En donde sí nos detendremos para exponer su desarrollo será en cómo se abordaron las cuestiones de violencia, salud, nivel de vida adecuado y la composición del Comité de Seguimiento en sus artículos específicos, por haber exigido una negociación ardua y prolongada en el diálogo multicultural.

7.1. Violencia

Como se ha comentado anteriormente, en la tercera reunión del Comité Ad Hoc, la Unión Europea propuso, entre otros asuntos, incorporar un considerando en el Preámbulo para enfatizar que las mujeres con discapacidad estaban expuestas al riesgo de sufrir violencia y abusos. Aunque dicha propuesta salió adelante, no fue, sin embargo, fácil romper la resistencia de muchas delegaciones a incorporar alusiones por razón de género.

Preámbulo

q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación,

En líneas generales se podría decir que los asuntos de violencia fueron considerados desde el inicio de las negociaciones del Comité Ad Hoc. De hecho, en el texto propuesto por el grupo de trabajo en enero de 2004 ya contenía un párrafo específico sobre la violencia y el abuso en el entonces artículo 13 (*Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*), que enfatizaba prestar mayor atención a mujeres y niños:

3 Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social o educativo que sean efectivas para proteger a las personas con discapacidad, en particular a las mujeres y niños con discapacidad, , de toda forma de violencia física o mental, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, incluyendo el abuso sexual.

Este párrafo serviría después de base para la redacción actual del artículo 16, tomando como referencia el artículo 19 de la CEDAW:

Igualmente se ha comentado ya que en el artículo específico propuesto por la República de Corea se proponía la inclusión de la violencia como parte de sus contenidos temáticos. Pese a que su redacción original nofuese aceptada, su éxito radicó en servir de punta de lanza para conseguir, finalmente, el artículo 6.

Artículo 16 - Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo y de otra índole que sean pertinentes para proteger a las personas con discapacidad, tanto en el seno del hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

2. Los Estados Partes también adoptarán todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso asegurando, entre otras cosas, que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad y sus familiares y cuidadores, incluso proporcionando información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso. Los Estados Partes asegurarán que los servicios de protección tengan en cuenta la edad, el género y la discapacidad.

3. A fin de impedir que se produzcan casos de explotación, violencia y abuso, los Estados Partes asegurarán que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados efectivamente por autoridades independientes.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la

autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

5. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

7.2. Salud

Teniendo en cuenta las diferentes barreras a las que se enfrentan las mujeres con discapacidad en materia de atención sanitaria, el establecimiento de las medidas gubernamentales correspondientes para garantizar el derecho a su salud ha sido siempre un asunto fundamental en la consideración de las disposiciones dirigidas específicamente a la mujer en el texto de la convención.

Artículo 25 - Salud

"Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;

b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios

destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;

c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;

d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;

e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad.

La prestación de servicios sanitarios y de rehabilitación accesibles que tuvieran en cuenta las necesidades particulares de las mujeres y niñas con discapacidad fue un asunto abordado por primera vez en la tercera sesión del Comité Ad Hoc. En ella, Nueva Zelanda propuso que se garantizara de modo explícito el acceso en igualdad de condiciones de las mujeres con discapacidad a los programas públicos de salud, el abastecimiento de agua potable y segura, y los centros dedicados a la atención sanitaria, así como a los programas de detección de cáncer de mama y de útero. Por su parte, Israel propuso el

reconocimiento de las necesidades específicas en materia de rehabilitación de las mujeres y niñas con discapacidad[177].

El debate se retomó en el sexto periodo de sesiones del Comité Ad. Hoc, pero no fue hasta la siguiente sesión cuando la facilitadora propuso la redacción final del artículo 25.

Por otro lado, durante la fase de negociaciones, asegurar la protección de los derechos reproductivos de la mujer con discapacidad en la convención fue un asunto extremadamente relevante para las mujeres con discapacidad y sus organizaciones representativas. Por esta razón, las organizaciones de mujeres con discapacidad que formaban parte del Caucus Internacional de la Discapacidad lucharon hasta la octava y última reunión del Comité Ad Hoc por lograr la incorporación de los derechos reproductivos de la mujer con discapacidad en el artículo 6 de la CRPD[178].

Sin embargo, en el texto final los derechos reproductivos de las personas con discapacidad se recogieron únicamente en el artículo 23 (*Respeto del Hogar y de la Familia*) y en el artículo 25 (*Salud*), sin mención explícita de las necesidades específicas de las mujeres con discapacidad.

El apartado (a) de la propuesta de convención que manejaba el Grupo de Trabajo del Comité Ad Hoc en enero de 2004 ya recogía una redacción parecida. No obstante, en lugar de la redacción actual ("programas y atención de la salud […], incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva"), en el primer borrador del Grupo de Trabajo la formulación era, "servicios […] de salud, incluyendo servicios de salud sexual y reproductiva."

La incorporación de las referencias a la atención sanitaria en materia de salud sexual y reproductiva fue objeto de debate en el comité hasta la conclusión de

[177] Informe del tercer período de sesiones del Comité Ad Hoc, A/AC.265/2004/5, Nueva York, 9 de junio de 2004 - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc3reports.htm.
[178] Véanse, por ejemplo, los comentarios del Caucus Internacional de la Discapacidad al respecto del artículo 6 durante el octavo periodo de sesiones del Comité Ad Hoc - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc8contngos.htm.

la fase de negociaciones, pese a que el derecho a los servicios de salud en materia de planificación familiar, así como de servicios durante el embarazo, el parto y la lactancia estaban ya consagrados en convenciones vinculantes de derechos humanos[179].

Algunos estados, así como algunas organizaciones no gubernamentales, temían que citar de forma explícita estos servicios sanitarios supusiera el reconocimiento de derechos nuevos, y en particular del derecho al aborto[180]. Por ello, alegaban que las indicaciones del Comité Ad Hoc, en el sentido de que no se podía crear ningún derecho nuevo en la convención, no evitaban otras posibles interpretaciones[181].

En relación con este debate, el Presidente tuvo que aclarar en varias ocasiones que en ningún caso se pretendía establecer ningún derecho nuevo en la convención, o influir en las políticas nacionales al respecto de la familia, la reproducción, etc. En sus explicaciones añadía que La convención no imponía la obligación de adoptar legislación nueva en materia de salud reproductiva o en otros ámbitos relacionados; antes bien, su objeto es el de asegurar que las personas con discapacidad tengan el mismo acceso, sin sufrir discriminación, a los servicios de salud en la materia[182].

Durante la octava y última reunión, al final la palabra “servicios” (en “servicios de salud”) se eliminó del texto[183]. Según el texto original en inglés, los Estados parte tenían la obligación de proporcionar los mismos servicios de salud a las personas con discapacidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de

---

[179] Artículo 12 de la CEDAW.
[180] Véase, por ejemplo, el debate durante la sexta reunión del Comité Ad Hoc, 8 de agosto de 2005 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum8aug.htm, y el debate durante la séptima reunión del Comité Ad Hoc (24 y 25 de enero de 2006) - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7summary.htm.
[181] Véanse, por ejemplo, las observaciones presentadas por la Sociedad de Científicos Sociales Católicos y la Coalición pro vida y pro familia para la protección de las personas con discapacidad durante la sexta reunión del Comité Ad Hoc - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6contngos.htm.
[182] Véase, por ejemplo, el informe del sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc, A/60/266, 17 de agosto de 2005 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6reporte.htm.
[183] Véase la propuesta de acuerdo de Uruguay, séptima sesión del Comité Ad Hoc, 25 de enero de 2006 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum25jan.htm.

la salud sexual y reproductiva. Las obligaciones de los Estados parte quedan menos claras con la redacción final.

Pese a que, lamentablemente, no se podía realizar el deseo de muchos estados y organizaciones[184] de obligar de forma explícita a los Estados Partes a proteger a las personas con discapacidad de la esterilización forzada y el aborto coercitivo en el artículo 25. No obstante, en virtud del párrafo (d) del mencionado artículo, los Estados Partes deben obligar a los profesionales del sector sanitario a proporcionar atención a las personas con discapacidad únicamente con su consentimiento informado.

7.3. Protección Social

El primer borrador del Grupo de Trabajo del Comité Ad Hoc recogía ya una propuesta de artículo (artículo 23) sobre el derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado, con referencias específicas a la mujer y niña con discapacidad en el subpárrafo (b)[185].

A lo largo de las negociaciones, se reiteró en muchas ocasiones el deseo de sustituir el término "seguridad social" por un término más exhaustivo que incorporara todos los aspectos del apoyo público[186]. En una carta que escribió antes del séptimo periodo de sesiones de octubre de 2005, el Presidente propuso que se empleara el término "protección social" en vez de "seguridad social", dado que es un término de uso muy difundido. El Presidente se refirió en su carta a la definición de "protección social" que se establece en el informe que remitió el Secretario General de la ONU a la Comisión de Desarrollo Social con fecha del 12 de agosto de 2000, con motivo de su reunión número 39 (E/CN.5/2001/2), así como al tercer párrafo del artículo 23 y el segundo párrafo

[184] Véase, por ejemplo, el debate durante la sexta reunión del Comité Ad Hoc, 8 de agosto de 2005 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6sum8aug.htm, y propuesta conjunta sobre las mujeres y los niños, 28 de enero de 2006 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7facilitator.htm.
[185] Informe del Grupo de Trabajo al Comité Ad Hoc, A/AC.265/2004/WG/1, 27 de enero de 2004, A/AC.265/2004/WG/1, Anexo I, Propuesta de artículo 23 "Seguridad social y nivel de vida adecuado" - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcwgreporta23.htm.
[186] Véase el Informe del sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc, A/60/266, párrafo 112 - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6docs/ahc6reports.pdf.

del artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[187]. Al final, el término “seguridad social, incluyendo seguro social” fue sustituido por “protección social”.

Artículo 28 - Nivel de vida adecuado y protección social

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas:

a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad;

b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza;

c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados;

---

[187] Carta con fecha del 7 de octubre de 2005 del Presidente a todos los miembros del Comité Ad Hoc, A/AC.265/2006/1, párrafo 100 - http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcchairletter7oct.htm.

d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública;

e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

La referencia específica a las mujeres y niñas con discapacidad del párrafo 2b fue motivo de crítica en ocasiones durante la fase de negociaciones en el Comité Ad Hoc, dado que se suponía que las especifidades relativas al género se iban a abordar en una obligación de carácter general al principio del texto de la convención[188]. No obstante y aparte del artículo 6 de la CRPD, el 28 era el único artículo de la convención que recogía, hasta ese momento, una referencia específica de las mujeres y niñas con discapacidad.

7.4. El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

En el proceso de negociaciones de la CRPD, la composición equilibrada se recomendó incluso en el sexto periodo de sesiones del Comité Ad Hoc en agosto de 2005, en un documento elaborado por los institutos nacionales de derechos humanos[189].

Artículo 34 - Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

1. Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, "el Comité") que desempeñará las funciones que se enuncian a continuación.

[188] Véase, por ejemplo, el debate en el Comité Ad Hoc que se celebró el 26 de enero de 2006 - www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum26jan.htm.
[189] http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc6reports.htm; www.netzwerk-artikel-3.org/un-konv/doku/papier-02.pdf.

2. El Comité constará, en el momento en que entre en vigor la presente Convención, de 12 expertos. Cuando la Convención obtenga otras 60 ratificaciones o adhesiones, la composición del Comité se incrementará en seis miembros más, con lo que alcanzará un máximo de 18 miembros.

3. Los miembros del Comité desempeñarán sus funciones a título personal y serán personas de gran integridad moral y reconocida competencia y experiencia en los temas a que se refiere la presente Convención. Se invita a los Estados Partes a que, cuando designen a sus candidatos, tomen debidamente en consideración la disposición que se enuncia en el párrafo 3 del artículo 4 de la presente Convención.

4. Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada[190] *y la participación de expertos con discapacidad.*

5. Los miembros del Comité se elegirán mediante voto secreto de una lista de personas designadas por los Estados Partes de entre sus nacionales en reuniones de la Conferencia de los Estados Partes. En estas reuniones, en las que dos tercios de los Estados Partes constituirán quórum, las personas elegidas para el Comité serán las que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

6. La elección inicial se celebrará antes de que transcurran seis meses a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Por lo menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándolos a que presenten sus candidatos en un plazo de dos meses. El Secretario General preparará después una lista en la que figurarán, por orden alfabético, todas las

[190] Énfasis de la autora (Sigrid Arnade).

personas así propuestas, con indicación de los Estados Partes que las hayan propuesto, y la comunicará a los Estados Partes en la presente Convención.

7. Los miembros del Comité se elegirán por un período de cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Sin embargo, el mandato de seis de los miembros elegidos en la primera elección expirará al cabo de dos años; inmediatamente después de la primera elección, los nombres de esos seis miembros serán sacados a suerte por el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 5 del presente artículo.

8. La elección de los otros seis miembros del Comité se hará con ocasión de las elecciones ordinarias, de conformidad con las disposiciones pertinentes del presente artículo.

9. Si un miembro del Comité fallece, renuncia o declara que, por alguna otra causa, no puede seguir desempeñando sus funciones, el Estado Parte que lo propuso designará otro experto que posea las cualificaciones y reúna los requisitos previstos en las disposiciones pertinentes del presente artículo para ocupar el puesto durante el resto del mandato.

10. El Comité adoptará su propio reglamento.

11. El Secretario General de las Naciones Unidas proporcionará el personal y las instalaciones que sean necesarios para el efectivo desempeño de las funciones del Comité con arreglo a la presente Convención y convocará su reunión inicial.

12. Con la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los miembros del Comité establecido en virtud de la presente Convención percibirán emolumentos con cargo a los recursos de las Naciones Unidas en los términos y condiciones que la Asamblea General decida, tomando en consideración la importancia de las responsabilidades del Comité.

13. Los miembros del Comité tendrán derecho a las facilidades, prerrogativas e inmunidades que se conceden a los expertos que realizan misiones para las Naciones Unidas, con arreglo a lo dispuesto en las secciones pertinentes de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas.

LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL COMO PRESUPUESTO DEL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Carmen Molina Fernández

Abogada y consultora en discapacidad y dependencia
carmofe@live.com

Índice

1. Introducción

2. La organización administrativa en materia de accesibilidad universal

3. La accesibilidad universal a la luz del nuevo enfoque constitucional.

4. Evolución del régimen jurídico de la accesibilidad universal en España

    4.1. Comienzos legislativos: eliminación de barreras
    4.2. Nuevo paradigma de la accesibilidad
    4.3. Algunas previsiones normativas

5. A modo de conclusión

Bibliografía

1. Introducción

No cabe duda de que el comienzo del siglo XXI ha traído consigo cambios legislativos en la esfera de los derechos de las personas con discapacidad, que han de producir un impacto en nuestra sociedad. Su origen responde al nuevo enfoque que propugna el modelo social de la discapacidad, y que consiste en considerarla desde el prisma de los derechos fundamentales. A diferencia del modelo médico, en el que la discapacidad es considerada como un problema de la persona de carácter prestacional, en el modelo social pasa a convertirse en el resultado de la interacción de circunstancias personales y barreras sociales, entre las que destacan la falta de accesibilidad. Así, según este modelo y siguiendo al homenajeado de la presente obra CABRA DE LUNA[191], una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que no existe una escalera para acceder a él es una discapacidad. Una incapacidad para hablar es una deficiencia pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas o humanas no existen es una discapacidad, entre otros ejemplos.

Este cambio de concepto es especialmente relevante en lo en lo referido a la accesibilidad universal, que se ha visto plasmado en el ámbito jurídico a través de la aprobación de la **Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal** (LIONDAU) como punto de partida. Dado que el derecho no es una ciencia exacta y que va evolucionando conforme a las nuevas concepciones y demandas sociales, este nuevo modelo ha producido palmarios cambios en la regulación de la discapacidad, aunque ello no ha evitado que la accesibilidad universal siga siendo la asignatura pendiente de las políticas en esta materia.

Paralelamente a tales cambios, ha habido una evolución de conceptos y expresiones. De esta forma, se han dejado atrás expresiones como barreras arquitectónicas para evolucionar hacia conceptos como accesibilidad universal, diseño para todos y ajustes razonables, pues ha quedado claro que no sólo

[191] CABRA DE LUNA, M.A. “Precisiones terminológicas” dentro de la *Legislación sobre Discapacidad* preparada por Esperanza Alcaín Martínez. Navarra: Aranzadi, 2005.

eliminando las barreras conseguimos accesibilidad. En este cometido adquieren un papel fundamental las nuevas tecnologías, incluidas las redes sociales, ya que van a permitir a las personas con discapacidad potenciar sus capacidades y participar en la comunidad, siempre y cuando se conciban desde la accesibilidad universal y el diseño para todos, pues lo contrario restringiría el ejercicio de sus derechos.

Hablar de accesibilidad universal supone inevitablemente hablar de la LIONDAU, que la define como «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de *diseño para todos* y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse». El término universal permite incluir cualquier elemento y, así engloba entornos, procesos, bienes, productos, servicios, instrumentos, objetos, herramientas y dispositivos. De este modo, los beneficios de la accesibilidad universal van a repercutir en toda la población en general y, en definitiva, van a permitir disfrutar de una mayor calidad en el ejercicio de actividades cotidianas.

Por tanto, la accesibilidad es una obligación normativa y un objetivo que debe orientar la actuación de los diferentes órganos de la Administración. Tal y como defiende Pérez Bueno, «*Más que el empleo, la educación, los servicios sociales, los temas que tradicionalmente se asociaban con la discapacidad, la accesibilidad debería ser hoy el eje de las políticas públicas de discapacidad; de toda acción e intervención, pública y privada, en esta materia. Y esto es así porque la accesibilidad universal forma parte, a modo de condición necesaria o presupuesto ineludible, del ejercicio normalizado de los derechos humanos fundamentales: libertad de circulación, libertad de comunicación, de expresión, etc.».*

2. La organización administrativa en materia de accesibilidad universal

Uno de los aspectos que no pueden ignorarse a la hora de abordar la accesibilidad universal es el relativo a la ***distribución de competencias*** entre las Administraciones territoriales. Concretamente, en esta materia las **Comunidades Autónomas** tienen el grueso de competencias en virtud del art. 148 CE que les confiere competencias exclusivas en asistencia social (art. 148.1.20ª), ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (148.1.3ª), obras públicas de interés para la C.A. que se realicen en su propio territorio (148.1.4ª), museos, bibliotecas y conservatorios de música (148.1.15ª), patrimonio monumental de interés de la Comunidad (art.148.1.16ª), promoción del deporte (148.1.19ª), así como en transporte dentro de su territorio (148.1.5ª). En virtud de tales títulos competenciales, todas las CC.AA. han dictado leyes y normas reglamentarias sobre promoción de accesibilidad y barreras arquitectónicas a las que aludiremos en líneas siguientes. Por su parte, al **Estado** le corresponde elaborar la normativa básica al amparo del art. 149.1.1ª, que le faculta para fijar las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales. Dicho precepto constituye un título competencial «con contenido propio, no residual» (STC 172/1998), que otorga al Estado las facultades normativas para definir y fijar las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, así como de accesibilidad universal, de manera que se les garantice los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Este ha sido el título esgrimido por el legislador para la aprobación de la LIONDAU y su normativa de desarrollo.

Por último, no podemos olvidarnos del papel que desempeñan las ***Corporaciones Locales*** en este ámbito. Sin duda, son los Ayuntamientos, los entes territoriales que mejor conocen de primera mano las necesidades de los ciudadanos dada su proximidad a éstos y, en consecuencia, los que más rápidamente pueden adoptar las medidas pertinentes para paliar muchos de sus problemas, entre ellos los de accesibilidad. Ello en base a la **Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local** (en adelante LBRL)**,** que les atribuye competencias, según lo dispuesto por la legislación estatal y autonómica, en seguridad en lugares públicos; ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas; ordenación, gestión, ejecución y

disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales; patrimonio histórico-artístico; protección del medio ambiente, prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social; transporte público de viajeros; actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo, entre otras (art. 25).

3. La accesibilidad universal a la luz del nuevo enfoque constitucional

Hablar de accesibilidad universal y por ende, de derechos de las personas con discapacidad, hace obligada una remisión al art. 49 CE como fundamento para el desarrollo legislativo y político en favor de este colectivo. Tal precepto se encuentra ubicado dentro del Capítulo III del Título I de la Constitución que lleva por rúbrica «*De los Principios rectores de la política social y económica»*, que son los que explican el Estado social de Derecho que aparece consagrado en el **Art. 1.1** de la Norma fundamental, cuando formula que *«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».* Específicamente, el art. 49 contiene un mandato dirigido a los poderes públicos para que lleven a cabo acciones positivas que permitan satisfacer las demandas realizadas por este colectivo en el ejercicio de sus derechos fundamentales, como es la accesibilidad universal.

Siguiendo a LÒPEZ GUERRA, el mismo ha de ser entendido en una doble dimensión[192]:

– Por un lado, dicho artículo permite un tratamiento jurídico distinto para las personas con discapacidad mediante la realización de una serie de actuaciones positivas: «Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran…». La situación de desventaja en la que se encuentra este colectivo respecto de los

[192] Vid. Así lo entiende LOPEZ GUERRA, L. en la Administración de Justicia y las Personas con discapacidad. Madrid: Escuela Libre Editorial, 2000. p.33 y SS.

demás ciudadanos, justifica el hecho de que el art. 49 autorice a los poderes públicos dar un tratamiento jurídico diferenciado a través de la adopción de una serie de medidas positivas que permitan, de un lado, eliminar los obstáculos y vicisitudes a las que se enfrentan y, de otro, el ejercicio efectivo de sus derechos y con ello, su participación social.

La jurisprudencia se ha pronunciado también en este sentido y así, el Tribunal Constitucional ha aceptado la discriminación positiva a favor de este colectivo (SSTC 269/1994, de 3 de octubre; 311/2000, de 18 de diciembre, entre otras). Igualmente, lo ha hecho el Tribunal Supremo, que se ha referido a la igualdad en las condiciones de vida en sentencias tales como la de 10 de abril de 1986 o 30 de septiembre de 1988.

– Pero, por otro lado, este artículo constitucional prosigue y afirma que los poderes públicos «los ampararán para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos». La Norma parte de la concepción de que la persona con discapacidad es, en primer lugar, persona y como tal, titular de una serie de derechos y libertades fundamentales que derivan directamente de la Constitución y que tienen una eficacia directa sin necesidad de desarrollo legislativo. El hecho de tener alguna discapacidad no puede ser impedimento para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales, tanto cuando exijan políticas activas por parte de los poderes públicos como pasivas. De modo que, las medidas que a favor de las personas con discapacidad adopten los poderes públicos no va a ser sino el reflejo de dotar de eficacia esos derechos fundamentales.

Tradicionalmente, los derechos de las personas con discapacidad han estado muy ligados a la consideración de derechos sociales, y prueba de ello es su ubicación dentro de nuestro texto constitucional. De ahí que la discapacidad fuese objeto de regulación principalmente en ámbitos tales como el de servicios sociales y seguridad social, el sanitario o el derecho privado en materia de incapacitación, tutela y demás figuras de protección de esta rama del derecho. Esto ha provocado que el mayor obstáculo para su materialización

ha sido y siga siendo, tal y como explica Martínez Estay[193], el de los **recursos económicos del Estado**. Si éstos no existen, poco se podrá hacer para conseguir la plena eficacia de tales derechos pese a su proclamación normativa. Siguiendo a Carmona Cuenca «la eficacia de los derechos sociales depende no sólo de factores jurídicos sino también de factores económicos»[194]. Por tanto, para contar con una determinada estructura social y económica que dé cobertura a tales derechos y permita conseguir su plena satisfacción, será imprescindible requerir un esfuerzo económico por parte del Estado.

De otro lado, nuestra Constitución no se ha limitado a enunciar simplemente el principio de Estado social que encabeza su articulado, sino que el **art. 9.2** contiene un mandato dirigido a todos los poderes públicos, a los que corresponde *«promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra 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».* Se trata de un precepto que sirve para enlazar el genérico art. 1.1 CE con los Principios rectores de la política social y económica del Capítulo III del Título I, considerados como los auténticos pilares del Estado social.

Concretamente, el art. 9.2 de la Constitución tiene una especial importancia por desempeñar una función transformadora de la sociedad. Esto debido a que el Estado, ha de realizar una función compensadora de las desigualdades sociales con el fin de asegurar la igualdad de oportunidades de aquellos colectivos históricamente discriminados, de forma que, para que sus derechos constitucionales puedan ser garantizados, es requisito sine qua non, que se produzca una transformación material de la realidad social y económica. Esto solamente puede alcanzarse mediante la intervención positiva del Estado, adoptando para ello, las medidas necesarias para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sea real y efectiva y, negativamente, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Es aquí donde

[193] Vid. MARTÍNEZ ESTAY, J.I. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales.* Barcelona: Cedecs, 1997. Pág. 70.
[194] CARMONA CUENCA. *Las Normas Constitucionales de Contenido Social: Delimitación y Problemática de su eficacia Jurídica*. p105.

encontramos la justificación a la existencia de un régimen jurídico distinto a favor de un determinado colectivo con el fin de intentar paliar las desigualdades de hecho que padece.

El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de nuestra Constitución se ha pronunciado en numerosas ocasiones a favor de la discriminación positiva o compensatoria. Como ejemplo basta citar la STC 19/1988, de 16 de febrero que puntualiza que «lo proclamado en el repetido art. 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la desigualdad sustancial».

Por tanto, con respecto a la **conexión entre este artículo y el 14** de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha establecido que « (el Art. 9.2) puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material; pero no puede pretenderse su aplicación para obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma en la que, presuntamente, se incumple el mandato de promover la igualdad real, pues esta igualdad no opera como límite concreto en la actuación de los poderes públicos» (STC 98/1985). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia 3/2007, cuando dice que «la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto [RTC 1983, 75] , F. 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 128]».

Empero, el Tribunal Constitucional no se ha olvidado de establecer ciertos límites al ejercicio de dicha desigualdad jurídica y así, en la sentencia de 2 de julio de 1981 advierte que: «Aunque es cierto que la igualdad reconocida en el Art. 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo, como se deduce de los artículos 9 y 53 de la misma, ello no quiere decir que el principio de igualdad contenido en dicho artículo implique en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad sólo es violada cuando la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida».

Sin embargo, este enfoque clásico de interpretación de los derechos de las personas con discapacidad, varía tras la aprobación de la LIONDAU. Si la LISMI justificaba los principios en ella recogidos en base al art. 49 CE, la LIONDAU amplia sus fundamentos constitucionales más allá del art. 49 y los extiende a los arts. 14, 9.2 y 10 en base al modelo social. Esto permite dar un nuevo enfoque al planteamiento clásico que, como hemos apuntado antes, considera tales derechos como sociales, reduciéndose a un carácter exclusivamente prestacional y reforzando la separación entre derechos civiles, políticos y económicos. Tras este cambio, la discapacidad pasa a considerarse como un asunto de derechos fundamentales, de modo que, la falta de accesibilidad va a dificultar o imposibilitar el goce y ejercicio de derechos tan básicos como el derecho a la información, de reunión, a la educación, al trabajo, etc. Se centra, pues, en la dignidad de la persona, la igualdad y libertad personal, relegando a un segundo plano la asistencia médica y protección social de la misma. Por tanto, el problema no radica ya en el reconocimiento de derechos que son universales, sino en la forma de garantizar su ejercicio y disfrute por parte de las personas con discapacidad. De ahí que la accesibilidad universal se constituya como presupuesto indispensable para el ejercicio de tales derechos.

Como expresa de manera acertada De Lorenzo García[195] «la evolución de los principios sobre los que se inspira la legislación en materia de atención a las personas con discapacidad, iría orientada a considerar tal atención como un derecho encuadrable, no ya dentro del apartado de derechos económicos, sociales y culturales en el que se acomoda el art. 49 CE, sino como un aspecto de los derechos fundamentales, que iría entroncado mediante el concepto de igualdad de oportunidades con el derecho a la igualdad, y a la complementaria puesta en juego de los dispuesto en los arts. 9.2 y 10 del texto constitucional».

Este nuevo planteamiento va a originar una serie de consecuencias jurídicas, entre las que destacan que los poderes públicos no sean los únicos obligados a su cumplimiento, sino también las personas físicas y jurídicas; que no dependa del arbitrio del legislador el contenido de las prestaciones y alcance de las obligaciones; que se procure una mayor protección judicial que incluye el recurso de amparo, así como que sea posible la adopción de medidas frente a la inactividad del legislador y de las Administraciones públicas[196].

4. Evolución del régimen jurídico de la accesibilidad universal en España

4.1. Comienzos legislativos: eliminación de barreras

La ***Ley 13/1982, de 7 de Abril,*** (en adelante LISMI) permitió concretar los derechos recogidos en el art. 49 CE y regular de manera integral la atención a la discapacidad. Esta Ley puede definirse como la columna vertebral de las políticas de equiparación de las personas con discapacidad en España, puesto que abarca los distintos ámbitos de actuación previstos en el art. 49 CE, como son: previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de este colectivo. Pese a que fue una Ley muy ambiciosa para su época, su impulso fue escaso. No obstante, pese a conseguir importantes conquistas en el ámbito de la

[195] Vid. DE LORENZO GARCÍA, R. "Los contornos del derecho de la discapacidad", *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Madrid: Aranzadi, 2009. Pág. 106.

[196] Vid. DE LORENZO GARCÍA, R. "Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el Constitucionalismo comparado", *Tratado sobre Discapacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. Pág. 534.

protección económica, la educación, el empleo, su mayor derrota ha sido la accesibilidad. Ésta aparece regulada en el **Título IX** a través de su Sección Primera dedicada a la «**movilidad y barreras arquitectónicas**». Entre otras medidas, impone la obligación de *adaptar progresivamente los transportes públicos colectivos* (art. 59) y obliga a que la planificación y urbanización de las vías públicas, parques y jardines se hagan para que resulten *accesibles* y utilizables a las personas con discapacidad, salvo cuando se trate de obras de reconstrucción o conservación de los monumentos de interés histórico o artístico. Para ello, las Comunidades Autónomas deben aprobar *normas urbanísticas y arquitectónicas básicas* que prevean las condiciones a que deberán ajustarse los proyectos (art. 54). De igual forma, contempla la *adaptación gradual de las instalaciones, edificios, calles, parques y jardines* existentes y cuya vida útil sea aún considerable, de acuerdo con el orden de prioridades que reglamentariamente se determine (art. 55). Además, ordena a las Administraciones urbanísticas incluir esas *adaptaciones anticipadas en los planes municipales de ordenación urbana que formulen o aprueben* y, más en concreto, a los Ayuntamientos que deben prever *planes municipales de actuación*, al objeto de adaptar las vías públicas, parques y jardines, a las normas aprobadas con carácter general, viniendo obligados a destinar un porcentaje de su presupuesto a tal fin (art. 56).

Podemos comprobar, pues, como la accesibilidad se reduce a la eliminación de barreras principalmente arquitectónicas y urbanísticas, reflejo del pensamiento de dicha época basado en el modelo médico. La configuración de accesibilidad universal en sentido amplio, que engloba todos los aspectos de la vida cotidiana de la persona con discapacidad no llegaría hasta veintiún años más tarde de la mano de la LIONDAU.

En ese contexto las **Comunidades Autónomas**, se dotaron de su propia normativa en esta materia, sirviéndose de sus competencias exclusivas en materia de servicios sociales y ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. En una primera fase (sobre la década de los 80), a través de Decretos y, en la segunda (década de los 90), mediante leyes específicas, entre otros motivos para mejorar los decretos anteriores y tipificar el régimen de infracciones y

sanciones. Esta primera normativa comparte una misma estructura básica común, dividida en los siguientes epígrafes[197]:

Epígrafes sectoriales:

– Urbanismo
– Edificación
– Transporte
– Comunicación sensorial

Otros epígrafes:

– Consejo para la promoción de la accesibilidad
– Fondo para la supresión de barreras

Estas leyes establecen en su mayoría principios generales, objetivos, definición de conceptos como el de persona con discapacidad, accesibilidad y barreras, distinguiendo en este último caso, entre barreras urbanísticas, arquitectónicas o en la edificación, en el transporte y en la comunicación. Las más antiguas siguen la concepción de la LISMI basada en la eliminación de barreras arquitectónicas y sólo las más recientes incorporan la dimensión de la accesibilidad universal, ampliando su ámbito de actuación a todas las actuaciones referidas al planeamiento, gestión o ejecución urbanística, en la edificación, transporte y comunicación, que se realicen tanto por entidades públicas o privadas, como por personas físicas. Por último, regulan medidas de control y seguimiento y un régimen de infracciones y sanciones.

Pese a que, como bien señala el Plan Nacional de Accesibilidad[198], estamos ante un marco normativo amplio y detallado a nivel autonómico, su incumplimiento es una constante, lo que parcialmente es achacable a que adolece de determinados problemas de aplicabilidad. Siguiendo a SALA MOZOS y ALONSO LÓPEZ[199], podemos destacar los siguientes:

[197] Extraído de SALA MOZOS y ALONSO LÓPEZ. *La ACCESIBILIDAD UNIVERSAL en los MUNICIPIOS: guía para una política integral de promoción y gestión.* Madrid: Colección Manuales y Guías, IMSERSO, 2006. Pág. 36.
[198] Vid. Pág. 25 del Plan Nacional de Accesibilidad.
[199] Op. Cit. Pág. 37

- Comprende instrumentos suficientes y adecuados, pero no recoge un desarrollo minucioso de los mismos, lo que le resta la necesaria eficacia. A modo de botón de muestra, los Consejos o Comisiones para la Accesibilidad están en casi todas las leyes autonómicas pero resultan inoperantes dado su inexistente desarrollo normativo.
- Establecen unos sistemas de control mediante la definición de una serie de medidas administrativas para que se cumplan los requisitos de accesibilidad en los diferentes proyectos, pero estas medidas no son lo suficientemente precisas para un control ejecutivo respecto a estos procesos.
- Los regímenes sancionadores adolecen de falta de regulación.
- Existe inconcreción a la hora de definir las Administraciones competentes para crear o implementar los instrumentos destinados a la accesibilidad, lo que deriva en conflictos competenciales entre las Administraciones públicas.
- La regulación de la accesibilidad sigue concibiéndose de una manera sectorial, lo que resulta en una falta de coordinación con otros instrumentos (urbanísticos, arquitectónicos, de movilidad, etc.)

A ello se suma, la necesidad de que las CC.AA. modifiquen dicha normativa para acomodarla a la surgida tras la aprobación de la LIONDAU[200] que veremos a continuación.

Por su parte, las *Entidades Locales*, cuentan con dos instrumentos esenciales para la promoción de la accesibilidad y supresión de las barreras en nuestras ciudades como son, las ***Ordenanzas sobre accesibilidad y supresión de barreras***, y los ***Planes Especiales de Actuación (PEA´s)***. Respecto a las primeras, cabe reprobar en la mayoría de los casos, su desvinculación con respecto a la Ordenanzas urbanísticas y de la edificación o con el planeamiento urbanístico, restándoles efectividad en su aplicación. Además, ambos instrumentos suelen seguir el modelo de intervención basado en la eliminación

[200] Navarra se ha dotado de una normativa al respecto a través de la Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de accesibilidad universal y diseño para todas las personas.

de barreras por lo que no incorporan la accesibilidad universal de manera transversal a todos los **espacios y servicios públicos municipales** puestos a disposición del ciudadano, así como ámbitos de actuación de sus respectivos departamentos (economía, cultura, deporte, juventud, mujer, mayores, medio ambiente, tráfico, etc.). Empezamos a encontrar atisbos de esa nueva concepción en recientes Ordenanzas, como la del Ayuntamiento de Sevilla, denominada «para la Accesibilidad Universal de Sevilla», en cuyo preámbulo ya se advierte de la intención de convertir el municipio en la «Ciudad de Todas las Personas», donde las que tengan algún tipo de discapacidad o situación de dependencia, no encuentren obstáculos en sus itinerarios, transportes, comunicación e información, incluyendo sus relaciones con la administración o con la iniciativa privada para la realización de sus actividades en la vida diaria.

4.2. Nuevo paradigma de la accesibilidad

No es hasta la aprobación de la **Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal** (LIONDAU), cuando se inicia un cambio de concepción de la discapacidad, como consecuencia de un largo proceso emprendido por las personas con discapacidad y su movimiento asociativo.

La LIONDAU persigue garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad a través de dos nuevas estrategias como son la «lucha contra la discriminación» y la «accesibilidad universal». A ellas se suma la ya recogida por la LISMI «adopción de medidas de acción positiva». Y ello porque como bien explica su Exposición de Motivos, «la no accesibilidad de los entornos, productos y servicios constituye, sin duda, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta en este caso, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son, al igual que ocurre cuando una norma, criterio o práctica trata menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es».

Este nuevo enfoque ha quedado consolidado tras la **Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad,** que reconoce la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. En concreto, la Convención dedica un artículo específico a la accesibilidad[201] y, de manera transversal, ya que algunos preceptos vinculan su existencia al ejercicio de determinados derechos como el de libertad de expresión y acceso a la información (art. 21); trabajo (art. 27); participación en la vida política y pública (art. 29); participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

Así pues, no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal constituyen el eje sobre el que se articulan una serie de disposiciones que persiguen, con nuevos medios, un objetivo claro como es el de garantizar y reconocer la igualdad de oportunidades de este colectivo en todos los ámbitos de la vida política, económica, social y cultural, proscribiendo cualquier forma de discriminación y adoptando medidas de acción positiva orientadas a compensar las desventajas que sufre este colectivo.

Junto a los principios de vida independiente, normalización, diálogo civil y transversalidad, destacan los de accesibilidad universal y diseño para todos, que pasan a incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico. La Ley define la **accesibilidad universal** como «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma

[201] El art. 9 de la Convención contempla una serie de medidas y actuaciones a realizar para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, entre las que se incluyen la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, han de aplicarse a los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.

más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse»[202].

Respecto al **diseño para todos,** se define como «la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible». De esta forma, las políticas encaminadas hacia esta materia no sólo han centrarse en eliminar las barreras existentes, sino prevenir que aparezcan teniendo en cuenta la accesibilidad desde el inicio, esto es en su diseño y planificación. En palabras de Alonso López[203] el diseño para todos «es sinónimo de "pensado para todos" y en sentido estricto, es el proceso de crear espacios, productos, servicios y equipamientos utilizables por todas las personas, abarcando el mayor tipo de situaciones posible». En esta labor, se hace indispensable la participación de los propios usuarios a fin de supervisar y detectar posibles dificultades, riesgos, inconvenientes antes de su fabricación o puesta en funcionamiento[204].

Asimismo, los incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables se consideran una **vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades** de este colectivo, a la vez que tales exigencias y ajustes pasan a ser **medidas contra la discriminación**. La Norma entiende por **exigencias de accesibilidad** «los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos». Mientras que por **ajuste razonable** «las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las

---

[202] Es un concepto que comprende mucho más que la eliminación de barreras que contemplaba la LISMI.

[203] Vid. Alonso López. ALONSO LÓPEZ, F. "Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos", *Tratado sobre Discapacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. Pág. 1.217.

[204] Para más información vid. PEREYRA ETCHEVERRÍA. M y ÁLVAREZ ILZARBE, J. "La accesibilidad universal a los entornos, productos y servicios como derecho", *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Madrid: Aranzadi, 2009. Pág. 783 y ss.

necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos». De igual modo, la Convención recoge el concepto de ajustes razonables y, a lo largo de su articulado, vincula su realización a la efectividad de determinados derechos (libertad y seguridad: educación; empleo; etc.). Ambos textos coinciden en fijar como límite para su realización el de la existencia o no de una «carga desproporcionada». Para determinarla, la LIONDAU establece como criterios a tener en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda. A tal fin, prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas competentes puedan establecer un régimen de ayudas públicas para contribuir a sufragar los costes derivados de la obligación de realizar ajustes razonables.

En todo caso, cabe destacar que los ajustes razonables junto con el diseño para todos se erigen como herramientas indispensables para la consecución de la accesibilidad, en el caso de que las dos últimas se malogren.

Un aspecto importante de esta ley son las condiciones básicas sobre accesibilidad y no discriminación reguladas en el art. 10 y en las Disposiciones Finales quinta a octava, en las que se recogen unos plazos para su desarrollo normativo y la obligada adaptación en función de que se trate de entornos, infraestructuras, productos, servicios, bienes nuevos o ya existentes. Éstas deberán desarrollarse en todas las áreas previstas en su art. 3[205], que son las siguientes:

a) *Telecomunicaciones y sociedad de la información.*
b) *Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.*
c) *Transportes.*

[205] En su redacción inicial sólo se contemplaban las cinco primeras áreas, incorporándose las de Administración de justicia y Patrimonio cultural a través de Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

d) *Bienes y servicios a disposición del público*
e) *Relaciones con las Administraciones Públicas*.
f) *Administración de justicia*
g) *Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.*

En este momento, tales condiciones básicas han sido desarrolladas en algunas áreas a través de la siguiente normativa:

- Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado. La Orden PRE/446/2008, de 20 de febrero, determina las especificaciones y características técnicas de las condiciones y criterios de accesibilidad y no discriminación establecidos en tal Real Decreto.
- Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad
- *Real Decreto 505/2007, de 20 de abril*, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones.

Con respecto a este último, hemos de resaltar que permite unificar toda la normativa autonómica que existía en esta materia y que hemos tenido ocasión de tratar de manera sucinta en el apartado anterior. Precisamente, su Exposición de motivos realiza un análisis muy acertado de la situación actual en España, al advertir de *«la existencia de diferentes Leyes y Reglamentos de ámbito autonómico sin un referente unificador,* lo que *se ha traducido en una*

multitud de diferentes criterios que ponen en cuestión la igualdad y la no discriminación, entre las personas con discapacidad de diferentes Comunidad Autónomas». Todo ello ha puesto de manifiesto la existencia de 17 sistemas de accesibilidad, uno por cada Comunidad Autónoma, regulados a través de Decretos y Órdenes de desarrollo. Por ello, esta norma regula las mencionadas condiciones básicas a fin de unificar términos y parámetros, y de establecer medidas de acción positiva que favorezcan el uso normalizado del entorno construido y de los espacios urbanos. Lo hace de manera genérica, utilizando conceptos jurídicos indeterminados que justifican la necesidad de elaborar un Documento Técnico de la Accesibilidad en este ámbito, que descienda al plano práctico y desgrane las previsiones contenidas en dicha norma. Finalmente, la aprobación de tal documento técnico tuvo lugar mediante la **Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados.** De igual modo, y en cumplimiento de la Disposición final tercera del RD 505/2007, que obligaba a incorporar las *condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los edificios que prevé al Código Técnico de la Edificación,* se aprobó el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad. Esto ha supuesto todo un avance pues la omisión de la accesibilidad ha sido una constante en la normativa urbanística.

Finalmente, dada la importancia que la formación tiene en este ámbito, la LIONDAU emplaza al Gobierno para que desarrolle el currículo formativo en «diseño para todos» en todos los niveles educativos, *incluido el universitario*, con la finalidad de formar a futuros profesionales en los campos del diseño y la construcción del entorno físico, las infraestructuras y obras públicas, las comunicaciones y telecomunicaciones, entre otros. Haciéndose eco de tal de ello, el ***Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiale****s*, contempla entre los principios generales que deben inspirar el diseño de los nuevos títulos para

adaptarse al Espacio Europeo de Educación Superior, el de que todos los planes de estudios tengan en cuenta que, la formación en cualquier actividad profesional, debe realizarse desde el respeto y promoción de los Derechos Humanos y los principios de accesibilidad universal y diseño para todos. Además, se deben incluir, en aquellos en que proceda, enseñanzas relacionadas con dichos derechos y principios. Hacer efectivo lo dispuesto en esta normativa será crucial para que exista un cambio de actitud por parte de la sociedad ya que, tal y como se recoge en las conclusiones de la *Conferencia Europea de Accesibilidad y Diseño para Todos* celebrada en León en junio de 2008 "*Las universidades tienen una importante responsabilidad ética en la formación de los futuros profesionales. El diseño para todos ha de formar parte de los planes de estudio de todas las titulaciones. La universidad además, ha de asegurar la plena participación y evitar la discriminación en sus infraestructuras, materiales didácticos, entornos virtuales, tecnologías de la información y de la comunicación. El Proceso de Bolonia nos ofrece la oportunidad de cumplir estos fines".*

4.3. Algunas previsiones normativas

Nos encontramos ante un proceso evolutivo de nuestro ordenamiento jurídico promovido por el modelo social, que entiende la discapacidad como un asunto de derechos fundamentales, y que persigue el empoderamiento de las personas con discapacidad y su plena inclusión en la sociedad. No cabe duda de que las disposiciones contenidas en la LIONDAU y la Convención han tenido repercusión en numerosos sectores de nuestro ordenamiento jurídico. A modo de botón de muestra, han incidido en ámbitos tales como empleo público, educación, proceso electoral, libros y bibliotecas, contratos de las Administraciones públicas, ordenación del territorio, medio rural, cine, televisión, comercio electrónico, sociedad de la información, propiedad intelectual, comunicación audiovisual, servicio postal, etc.

Asimismo, ha impulsado la aprobación de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios

de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas, y las leyes de lenguas de signos catalana y andaluza.

Así pues, la discapacidad y con ella la accesibilidad universal ha pasado de ser una mera cuestión de política social, a convertirse en una materia transversal con una clara incidencia en la actividad legislativa. Resulta innegable el hecho de que contamos con una ambiciosa normativa en este ámbito, si bien es cierto también que aún está inconclusa. A nivel estatal falta aún por desarrollar las condiciones básicas que han de reunir los bienes y servicios a disposición del público, la Administración de justicia y el patrimonio cultural.

Por su parte, las Comunidades Autónomas deben revisar su normativa sobre accesibilidad universal y adecuarla a los nuevos criterios establecidos por la LIONDAU y su normativa de desarrollo. Pero además, urge que las mismas aprueben su propio régimen de infracciones y sanciones para que pueda ser aplicado cuando el hecho discriminatorio se produzca en su territorio.

Igualmente, resulta necesario que tanto Comunidades Autónomas como Entes locales desarrollen lo dispuesto en la Convención y examinen y adapten su ordenamiento jurídico a los principios, valores y mandatos de que la misma impone, estableciendo mecanismos de control que permitan velar por su cumplimiento y ejecución.

Todo ello nos lleva a pensar que la legislación sobre accesibilidad universal seguirá ampliándose principalmente a nivel autonómico.

5. A modo de conclusión

La plasmación del modelo social de la discapacidad en nuestro ordenamiento jurídico permite dar un nuevo enfoque al planteamiento clásico de sobre la interpretación de los derechos de las personas con discapacidad. Este nuevo modelo considera la discapacidad como un asunto de derechos fundamentales, de modo que, la falta de accesibilidad va a dificultar o imposibilitar el goce y

ejercicio de derechos tan básicos como el derecho a la información, de reunión, a la educación, al trabajo, etc.

El pleno ejercicio de los derechos fundamentales pasa por promover acciones que compensen las desventajas de la que parte este colectivo y que, por otro lado, erradiquen toda forma de discriminación. A tal fin, resulta imprescindible garantizar la accesibilidad en todos los ámbitos y aspectos de la vida cotidiana. Y para ello, los poderes públicos tendrán un papel decisivo en base a su doble función de garante de la tutela efectiva de los derechos constitucionales de toda la ciudadanía y, motor de transformación de la sociedad que a día de hoy sigue limitando el ejercicio de los derechos de una parte de ella.

Resulta innegable el hecho de que contamos con una ambiciosa normativa en materia de accesibilidad universal, aunque su correcta aplicación requiere de una profunda adecuación del ordenamiento jurídico autonómico y local. Asimismo, exige una mayor concienciación por parte de los órganos ejecutivos y la sociedad civil para que su cumplimiento sea una realidad. En tal sentido, se echa en falta el establecimiento de medidas de control sobre los órganos ejecutivos que permitan evaluar el grado de cumplimiento de la legislación sobre accesiblidad universal, y la efectividad de las políticas públicas puestas en marcha. No obstante, somos conscientes de que en un Estado descentralizado como el nuestro, con multitud de actores responsables en esta materia, dicha tarea no es baladí.

Finalmente, se requiere un cambio de actitud en la política estatal, autonómica y local, que apueste por una aplicación horizontal de la accesibilidad universal en sus respectivos departamentos y ámbitos de actuación, de manera que, la accesibilidad universal se convierta en el eje de acción transversal de las políticas públicas. Para ello, resulta imprescindible formar a los futuros profesionales, así como a los técnicos y responsables de dichas actuaciones en el diseño para todos y la accesibilidad universal.

Bibliografía

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. y otros (Coord.): *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*. 1ª Edición. Editorial Comares, Granada, 2006.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E.: *Legislación sobre Discapacidad*. Aranzadi, Navarra 2006.

ALONSO LÓPEZ, F.: *"Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos*", *Tratado sobre Discapacidad*. Editorial Aranzadi, Navarra 2007.

ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir*.)*: *Comentarios a la Constitución Española de 1978.* Edersa, Madrid, 1998.

BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo, Parte Especial*. Aranzadi, Navarra, 2005.

CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

DE LORENZO GARCÍA, R.: "Las personas con discapacidad en la Constitución Española y el Constitucionalismo comparado", *Tratado sobre Discapacidad*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2007.

DE LORENZO GARCÍA, R. y CABRA DE LUNA, M.A.: *"Análisis de la nueva legislación sobre no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal",* en *Tratado sobre Discapacidad*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

DE LORENZO GARCÍA, R. *"Los contornos del derecho de la discapacidad",* en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi, Madrid, 2009.

MARTÍNEZ ESTAY, J.I. *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales.* Cedecs, Barcelona, 1997.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO).: *Libro Verde: La Accesibilidad en España. Diagnóstico y bases para un Plan integral de supresión de barreras*. 1ª Edición, 2002.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). *I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, 2004.*

MORENO REBATO, M.: *Accesibilidad, Urbanismo y Edificación*. Editorial Montecorvo, Madrid, 2004.

PÉREZ BUENO, L.C.: *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*. Ediciones El Cobre, Barcelona, 2004.

PEREZ BUENO, L. C. *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*. Ediciones Cinca, Madrid, 2010.

SALA MOZOS, E y ALONSO LÓPEZ, F.: *La ACCESIBILIDAD UNIVERSAL en los MUNICIPIOS: guía para una política integral de promoción y gestión.* 1ª Edición. Colección Manuales y Guías, IMSERSO, Madrid, 2006.

PEREYRA ETCHEVERRÍA. M y ÁLVAREZ ILZARBE, J.: *"La accesibilidad universal a los entornos, productos y servicios como derecho*", en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi, Madrid, 2009.

PISARELLO, G. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Editorial Trotta, Madrid, 2007.

LAS POLÍTICAS EUROPEAS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

María Tussy

Jefa de la Unidad de Programas Europeos de Fundación ONCE
mtussy@fundacionONCE.es

Índice

1. Evolución de las políticas de no discriminación para la inserción laboral de las personas con discapacidad

2. La incorporación normalizada de la discapacidad en la formulación de las políticas europeas

3. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad: un hito en las nuevas estrategias de la UE en materia de empleo y discapacidad

4. Los instrumentos financieros para la no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo

5. Conclusiones

1. Evolución de las políticas de no discriminación para la inserción laboral de las personas con discapacidad

La construcción de la política social europea en general y de no discriminación en el empleo en particular, se caracterizó en sus inicios por su subordinación a las políticas de creación del mercado común económico y a parcelas que facilitasen la libre circulación del factor trabajo como las relativas a la salud laboral y la formación ocupacional.

No obstante, se observan algunos compromisos con la igualdad de trato en el arranque del proyecto europeo, pues ya en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en 1958, se trataba de garantizar el derecho a la igualdad de los ciudadanos europeos.

En materia de empleo, el propio Tratado de Roma de 1957 se refiere en su articulado a la mejora de las condiciones de trabajo y niveles de vida de los trabajadores (Art. 117), también al empleo, la formación profesional y la negociación colectiva (Art. 118) y al principio de igualdad salarial entre hombre y mujer a igual trabajo (Art. 119). En el mismo Tratado de 1957 se acuerda además la creación del Fondo Social Europeo (Arts. 123 a 128) que tanta importancia tendrá en el futuro para el desarrollo de las políticas activas de empleo en los Estados miembro de los colectivos en riesgo de exclusión social como son las personas con discapacidad y que se tornará en pieza angular de la política común de no discriminación.

Sin embargo, ha sido en los últimos treinta años cuando se ha establecido un amplio conjunto de disposiciones legislativas europeas que tienen por objeto combatir la discriminación en materia de acceso al empleo, de remuneración, de condiciones laborales y de seguridad social.
Aunque en la década de los 70 se aprobó el primer programa europeo dirigido específicamente a las personas con discapacidad, que sirvió para establecer los pilares de una incipiente política social comunitaria en materia de

discapacidad[206], en el que se afirmaba que la finalidad general de las iniciativas comunitarias relativas a las personas con discapacidad debe ser ayudarles a que puedan llevar una vida normal independiente y plenamente integrada en la sociedad, y se establecía de manera explícita la promoción de la capacidad de trabajo como la vía fundamental para la integración en la sociedad, es en los años 80 cuando las instituciones europeas fueron dedicando una atención creciente a los asuntos de la discapacidad.

Por su especial relación con el empleo, cabe citar entre los numerosos documentos jurídicos y directrices que las Instituciones Comunitarias produjeron en aquella época, la *Resolución del Parlamento Europeo sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad, de 11 de mayo de 1981*, coincidiendo con el Año Internacional de las Personas con Discapacidad; la *Comunicación de la Comisión sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos*, de 4 de noviembre de 1981; y la *Recomendación del Consejo sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad* de 24 de julio de 1986.

En este contexto, la llamada “dimensión social” de la UE será progresivamente un principio director de las nuevas políticas comunitarias, bajo la clara influencia del entonces presidente de la comisión Europea Jacques Delors, que hablará de “la dimensión social del mercado interno”, propugnando así un equilibrio entre el objetivo de creación de un mercado común y la necesaria armonía social en dicho mercado o lo que vendría a denominarse cohesión social.

En los albores de la década de los 90 y durante esta, es cuando se da un decidido impulso a las políticas comunitarias en materia de no discriminación laboral de las personas con discapacidad, con la aprobación, por un lado, del segundo y tercer programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS I y II, respectivamente), que se aplicarían durante el cuatrienio 1988/1991 y 1993-1996 y que se caracterizaron por lo ambicioso de

[206] “*Programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos”*, aprobado en 1974.

sus objetivos, entre los que cabe destacar la promoción de un enfoque comunitario basado en las experiencias innovadoras desarrolladas en los ámbitos de la formación y la rehabilitación profesional y en los de la integración económica y social y la promoción de la autonomía de las personas con discapacidad. Estas iniciativas se completaron con la *Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía*[207], adoptada por la Comisión Europea el 30 de julio de 1996, que define la estrategia de la Unión Europea con respecto a la discapacidad, inscribiéndola en la evolución de las tendencias internacionales de los últimos años y fundamentándola sobre la valiosa experiencia adquirida en el transcurso de los sucesivos programas HELIOS.

En materia de empleo, la Comunicación ya enfatizaba la necesidad de consolidar medidas que potenciasen la inserción laboral de las personas con discapacidad y la utilización de los Fondos Estructurales, especialmente del Fondo Social Europeo, para combatir la exclusión económica y social de las personas con discapacidad.

2. La incorporación normalizada de la discapacidad en la formulación de las políticas europeas:

El Tratado de Amsterdam: piedra de toque en la lucha contra la discriminación comunitaria

Sobre la base de las experiencias precedentes en materia de lucha contra la discriminación por motivos de sexo, a mediados de los años 90 se formalizó un acuerdo sobre la necesidad de que las instituciones europeas combatieran también de forma decidida la discriminación por otros motivos.
Como resultado de este proceso y ya en los umbrales del cambio de milenio y a partir de la adopción del Tratado de Amsterdam en 1999, con la inclusión de un artículo general de lucha contra la discriminación, que cubre entre otros aspectos la discapacidad, es cuando se produce el gran paso adelante y

[207] COM (96) 406 final
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0406:FIN:ES:PDF

decisivo en favor de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad a escala comunitaria.

La adopción del artículo 13, en virtud del cual *"sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones,* ***discapacidad****, edad u orientación sexual"* reflejaba el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación.

Debe destacarse que la inclusión de la discapacidad en este artículo constituye un avance muy significativo, porque supone la primera cláusula de lucha contra la discriminación hacia este colectivo que posibilita la adopción de medidas en el ámbito comunitario. Esto significa, entre otras cosas, que los gobiernos europeos reconocían de forma explícita por primera vez la desigualdad sufrida por las personas con discapacidad.

Además, y de conformidad con el artículo 13 del Tratado CE, la Comisión Europea adoptó el 26 de noviembre de 1999 un paquete integrado de medidas contra la discriminación. Desde la perspectiva de la no discriminación laboral de las personas con discapacidad, el elemento más relevante de dicho paquete consistió en la Directiva de igualdad de trato en el ámbito del empleo y la ocupación, por la que se prohíbe la discriminación por cualesquiera de los motivos que figuran en el artículo 13, y un programa de acción a favor de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, que incluye una amplia gama de medidas complementarias en este sentido. Como paso previo, la Comisión aprobó una Comunicación para promover la supresión de barreras para las personas con discapacidad, antesala del Año Europeo 2003 de las personas con discapacidad.

La Comunicación de la Comisión Europea "Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad"[208]

Respetando el compromiso asumido por la Conferencia Intergubernamental de tomar en consideración las necesidades de las personas con discapacidad al adoptar medidas con arreglo al artículo 95 del Tratado, la Comisión Europea emitió el 12 de mayo de 2000, la Comunicación "Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad" que apunta a la revisión de algunas de las políticas fundamentales de la UE, en la medida en que ello pueda contribuir a mejorar las condiciones de acceso de las personas con discapacidad. La Comunicación se centraba en las políticas comunitarias que son de particular importancia para afianzar el proceso hacia una "Europa sin barreras" para las personas con discapacidad, haciendo especial hincapié en la necesidad de reforzar la cooperación en los ámbitos relacionados con el empleo, la educación y la formación profesional, la accesibilidad y la movilidad, la sociedad de la información, las nuevas tecnologías y la salud y seguridad en el trabajo.

La Directiva 2000/78 de igualdad de trato en el empleo[209]

En el año 1999 la Comisión presentó una propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, a partir de la cual se adoptó la Directiva 2000/78.

Esta Directiva, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aborda la discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad y de orientación sexual. La Directiva 2000/78 representa un avance muy importante en la lucha por la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, ya que dispone que los Estados miembro han de establecer dentro de sus

[208] Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, «Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad» [COM (2000) 284 final - no publicada en el Diario Oficial].

[209] Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación - *Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022.*

marcos normativos internos un conjunto de respuestas a la discriminación que pueda padecer este colectivo, con un enfoque además que supera la mera protección frente el trato discriminatorio directo y que pretende avanzar hacia la acción positiva frente a las discriminaciones indirectas, o lo que es lo mismo, que actúe contra situaciones aparentemente neutras que, en la práctica, impiden el acceso de las personas con discapacidad al mercado de trabajo.

El principio de igualdad de trato del que parte la Directiva tiene una doble dimensión: por un lado, se refiere a la igualdad formal, concebida como derecho de los ciudadanos a obtener un trato igual, ausente de discriminaciones por cualquiera de los motivos establecidos en las normas jurídicas de aplicación; y por otro, también tiene que ver con la igualdad material, aquella que, partiendo de diferencias reales existentes entre los grupos tratados de forma discriminatoria, legitima la introducción de desigualdades para restablecer la igualdad socialmente ignorada.

En cuanto a la primera dimensión, de cara a asegurar un trato carente de discriminación en el ámbito del empleo la Directiva contempla un elemento que adquiere una dimensión obligatoria: los ajustes razonables para las personas con discapacidad, tal y como proclama su artículo 5, a cuyo tenor *"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Eso significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades en una situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades"*.

Este precepto, abre grandes interrogantes a pesar de su indudable valor. Aún se plantean interrogantes sobre qué se entiende por ajuste razonable, cuáles son las medidas adecuadas y en qué circunstancias se considera que la carga es excesiva para los empresarios.

De hecho, las discusiones en torno a este concepto y sus implicaciones de índole económica, son las que han impedido la adopción de una Directiva específica a favor de la igualdad de oportunidades y la no discriminación de las personas con discapacidad más allá del empleo, a pesar del compromiso adquirido por la Unión Europea con el movimiento europeo de las personas con discapacidad y sus familias, tras conseguir éstos en la campaña lanzada en 2007, cerca de 1,4 millones de firmas a favor de una legislación efectiva que defienda los derechos de las personas con discapacidad, combata de manera específica la discriminación que padecen y garantice su plena inclusión.

Porque más allá de las precisiones concretas de cara a su implementación, los ajustes razonables constituyen un principio fundamental en la lucha contra la discriminación; de hecho, se puede afirmar que, a partir de la Directiva 2000/78, la igualdad de trato en el empleo y la ocupación no se concibe sin la existencia de estos ajustes razonables que además tienen un carácter obligatorio (y que afectan a personas concretas por lo que entran en el terreno de los Derechos Humanos), con lo que superan la condición de recomendaciones o de meras indicaciones para instalarse en el corazón de la política antidiscriminatoria de los Estados miembro.

Por el contrario, la segunda dimensión del principio de igualdad de trato que enuncia la Directiva, trata, de lo que se han venido a llamar medidas de discriminación “inversa” o “positiva”, que en las últimas décadas han marcado una ruptura en el tratamiento jurídico de los colectivos desfavorecidos. La consecución de una sociedad más igualitaria necesita de políticas que traten de forma desigual a quienes padecen una situación de desventaja, con objeto de subvertir la misma. Legitima la acción positiva de los Estados miembro que “*mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos*” de discriminación incluidos en el ámbito personal de la Directiva (art. 7) y ampara un concepto de igualdad entendido como “*ausencia de toda discriminación directa o indirecta*” (art. 2.1).

La aplicación de medidas correctoras concretas se ampara de forma general en el apartado segundo del artículo 7 de la Directiva, que establece que, "*por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembro […] para* [adoptar] *medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral*". Las medidas de acción positiva pueden tener un carácter voluntario, como es el caso de la reserva de empleo para personas con discapacidad que muchos Estados, entre los que se incluye España, han introducido en su normativa laboral básica.

El Programa de Acción Comunitario de lucha contra la discriminación (2001-2006)

La Directiva 2000/78 se completa con un Programa de Acción Comunitario de lucha contra la discriminación, que abarca todos los motivos de desigualdad de trato mencionados en el artículo 13 del Tratado de la UE, con la excepción de la discriminación por razones de sexo, que se aborda separadamente en el Programa Comunitario en materia de igualdad entre hombres y mujeres. La existencia de un Programa de Acción Comunitario 2001-2006 expresa el reconocimiento de que la legislación es sólo un componente de la acción para luchar contra la discriminación y que es necesario disponer del apoyo de un conjunto de instrumentos de intervención para hacer frente a los comportamientos discriminatorios y promover un cambio de actitud en el medio y largo plazo.

De este modo, el Programa 2001-2006 fomentó actividades de lucha contra la discriminación, siendo un ejemplo de las actuaciones llevadas a cabo dentro la campaña informativa que se vino realizando desde 2003 con el lema "Por la diversidad, Contra la Discriminación", y en cuyo contexto se promovió el Año Europeo 2003 de las personas con discapacidad y el subsiguiente Plan de acción europeo para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

El plan de acción europeo 2004-2010 de Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad

La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad sólo será realidad cuando se logre erradicar, además de las barreras presentes en el entorno, las actitudes negativas hacia la discapacidad.

En pos de este objetivo y a fin de afianzar su compromiso en favor de las personas con discapacidad y reforzar la sensibilización sobre este tema, la UE decidió proclamar 2003 “Año Europeo de las personas con discapacidad (AEPD)”. El AEPD fue capaz de movilizar al conjunto de la sociedad y de las Instituciones de la UE, puso de manifiesto el consenso entre todos los agentes en la necesidad de acelerar las medidas dirigidas a promover la inclusión de las personas con discapacidad, al tiempo que constituyó un importante impulso para la aprobación del plan de acción europeo para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

El plan de acción propuesto abarcó el período de 2004 a 2010 y tenía por objeto definir un enfoque duradero y operativo de la dimensión de la discapacidad en la Europa ampliada, articulándose en torno a tres objetivos: primero, concluir la aplicación de la Directiva relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, segundo, integrar aún más la dimensión de la discapacidad en las políticas comunitarias afectadas y tercero, promover la accesibilidad para todos.

En materia de no discriminación en el empleo, el propio plan de acción reconocía que dado que el empleo sigue siendo el factor más decisivo para la inclusión social, la primera fase de aplicación del plan de acción de la UE en materia de discapacidad, que se desarrolló entre los años 2004 y 2005, se centrase en crear las condiciones necesarias para promover el empleo de las personas con discapacidad, mejorando al mismo tiempo su acceso al mercado de trabajo en todo el territorio de la Unión ampliada. Esta primera fase se articuló en torno a cuatro acciones prioritarias, que fueron el acceso al empleo y el mantenimiento en la vida activa, incluida la lucha contra la discriminación;

el aprendizaje permanente, como medio para apoyar y reforzar la capacidad de inserción profesional, la adaptabilidad, el desarrollo personal y la ciudadanía activa; las nuevas tecnologías, como instrumento para potenciar el papel de las personas con discapacidad y, por ende, para facilitar su acceso al empleo; y la accesibilidad del entorno público construido, como medio para mejorar la participación en el trabajo y la integración en la economía y la sociedad.

En la evaluación intermedia realizada en junio de 2009 sobre la aplicación e implementación del Plan de acción, se refleja en sus principales conclusiones, que el plan contribuyó positivamente a la promoción de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en sus dos fases de implementación (2004-2005 y 2006-2007), que incrementó la voluntad política de realizar más acciones a escala comunitaria para reforzar los derechos de las personas con discapacidad, que se habían realizado ciertos progresos en la aplicación de los objetivos de la Directiva 2000/78 y se felicitaba de que se incluyeran en los nuevos Reglamentos de los Fondos Estructurales para el periodo 2007-2013 una mención explícita a que la accesibilidad para las personas con discapacidad fuese un principio a tener en cuenta a la hora de ejecutar proyectos cofinanciados por la UE.

No obstante, encontraba algunas carencias, como la falta de claridad entre los objetivos y las actividades, lo cual imposibilitaba una verdadera evaluación y seguimiento de la efectividad del sistema.
Animaba además a continuar por esta senda, y adoptar un nuevo plan comunitario a favor de las personas con discapacidad, en el que se reforzase la implicación y participación directa de las propias personas con discapacidad.

3. La Convención de Naciones Unidas sobre los de Derechos de las Personas con discapacidad: nuevos retos, compromisos renovados

El tratado de Lisboa y la Carta de los Derechos Humanos

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) estipula que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar

contra toda discriminación por razón de discapacidad (artículo 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (artículo 19).

Además, en diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Humanos adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados. La Carta de los derechos fundamentales protege específicamente los derechos de las personas con discapacidad, proclamando en su artículo 1 que "*la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*" y reconociendo que los derechos políticos, económicos y civiles son indisociables de los derechos sociales. Sus artículos 21 y 26 consagran los derechos de las personas con discapacidad, prohibiendo el primero toda discriminación por razón de discapacidad y el segundo, reconociendo como derecho fundamental "*el derecho de las personas con discapacidad a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*".

La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es sin duda un punto de inflexión en la historia del tratamiento de la discapacidad, la cual pasa a ser examinada desde un prisma de derechos humanos. La consecuencia cardinal de este nuevo enfoque es que las personas con discapacidad son, al igual que el resto de los seres humanos, titulares de derechos y no objeto de políticas asistenciales.

La superación del modelo anterior, denominado médico o rehabilitador, implica que las causas que originan la discapacidad no son individuales sino principalmente sociales. Es decir, que la discapacidad es consecuencia de limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social, lo cual, incluye obviamente, el derecho al acceso a un trabajo digno.

Así, desde la perspectiva del empleo, su artículo 27 proclama que "*los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:*

- *Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;*
- *Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;*
- *Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;*
- *Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;*
- *Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.*
- *Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias.*
- *Emplear a personas con discapacidad en el sector público.*

- *Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas.*
- *Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.*
- *Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto.*
- *Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad."*

La Convención ha impuesto un verdadero cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad y la Unión Europea no podía sino adaptarse a esta nueva regulación, máxime tras su ratificación el 22 de enero de 2011, convirtiéndose así en una obligación legal y debiendo adaptar todas sus políticas a los principios proclamados en la Convención, como son la no discriminación, la accesibilidad y la autonomía e independencia.

La Estrategia Europea de Discapacidad 2010-2020[210]

Tal y como se proclama en el propio texto de la Estrategia, La UE y sus Estados miembros tienen un mandato muy sólido para mejorar la situación social y económica de las personas con discapacidad.

El objetivo general de esta Estrategia es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único, asegurando la puesta en marcha efectiva de la Convención de la ONU.

[210] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de noviembre de 2010, denominada «Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» [COM (2010) 636 final - no publicada en el Diario Oficial].

La Estrategia se centra en la supresión de barreras e identifica ocho ámbitos primordiales de actuación: **accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior**.

Estos ámbitos se eligieron por su potencial para contribuir a los objetivos generales de la Estrategia y la Convención, así como a partir de los documentos políticos en esta materia de las instituciones de la UE y del Consejo de Europa, los resultados del Plan de Acción de la UE en materia de discapacidad (2003-2010) y una consulta de los Estados miembros, las partes interesadas y el público en general.

En los ámbitos de la no discriminación y del empleo, en el texto de la Comunicación se incide en que conforme a los requisitos de los artículos 1, 21 y 26 de la Carta y de los artículos 10 y 19 del TFUE, la Comisión promoverá la igualdad de trato de las personas con discapacidad a través de un enfoque de doble vertiente, utilizando por una parte, la legislación de la UE vigente para proteger de la discriminación y, por otra, aplicando una política activa destinada a luchar contra la discriminación y promover la igualdad de oportunidades en las políticas de la UE, al tiempo que velará por la plena aplicación de la Directiva 2000/78/CE.

En materia de empleo, reconoce que para alcanzar las metas de crecimiento que se ha propuesto la UE, es necesario que un número mayor de personas con discapacidad ejerzan una actividad laboral remunerada en el mercado de trabajo “abierto”. Por ello, la Comisión explotará el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”, dará también a conocer mejor la situación de las mujeres y los hombres con discapacidad respecto al empleo, prestando especial atención a los jóvenes con discapacidad en su transición de la educación al empleo; Abordará la movilidad interna en el mercado laboral abierto y en talleres protegidos y tratará la cuestión de las actividades por cuenta propia y de los empleos de calidad, sin descuidar aspectos como las condiciones de trabajo y la promoción profesional.Para alcanzar tan ambiciosos objetivos, destaca el papel

preponderante del Fondo Social Europeo, como instrumento financiero para llevarlo a efecto.

UE2020 y Planes de empleo

La Unión Europea estableció, a principios de la década de 2000, una serie de objetivos a alcanzar en diversas áreas (educación, mercado laboral, investigación y desarrollo, etc.), en el año 2010. A dicha iniciativa se la denominó “Estrategia de Lisboa 2010”.

No obstante, la crisis económica mundial que empezó a azotar todas la economías a principios de 2009, cercenó las expectativas que se habían puesto en dicha Estrategia (según datos de la Comisión, en el año 2009 el PIB de la UE disminuyó alrededor de un 4 por 100, el desempleo se situó en torno al 9 por 100 y la situación de las finanzas públicas empeoró sustancialmente.), que por otro lado, no se caracterizó por tener en cuenta objetivos sociales ambiciosos.

La Comisión Europea decidió entonces en 2009 profundizar en las líneas de actuación trazadas en la Estrategia de Lisboa, aprobando en el Consejo Europeo de junio de 2010 una nueva Estrategia y fijando una nueva batería de objetivos a alcanzar en el año 2020 por parte de los 27 países miembros.

Estos objetivos, conocidos como la “Estrategia UE 2020” persiguen garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo, permitiendo a la UE avanzar hacia una sociedad del conocimiento. La UE fija 5 objetivos, cuya consecución se controla a través de 8 indicadores, siendo de especial relevancia en materia de no discriminación laboral para las personas con discapacidad, los relacionados con el empleo, la educación y la pobreza y exclusión. La propia Estrategia europea de discapacidad reconoce que es esencial que las personas con discapacidad participen plenamente en la vida económica y social para que tenga éxito la Estrategia Europa 2020, pues construir una sociedad que incluya a todos también sirve para ofrecer oportunidades de mercado y promover la innovación.

La UE se ha comprometido a lograr en el próximo decenio que la tasa de ocupación de la población de entre 20 y 64 años aumente hasta el 75%, a reducir la tasa de abandono escolar por debajo del umbral del 10%, garantizar que al menos el 40% de la generación entre 30 y 34 años tenga estudios superiores y a reducir en 20 millones el número de personas en riesgo de pobreza.

El Consejo Europeo, en sus conclusiones de 17 de junio de 2010, expone que para alcanzar dicho objetivo resultará clave la mayor participación de las personas jóvenes, de los trabajadores de más edad, y de los trabajadores con reducidos niveles educativos, así como una mejor integración de las personas de origen inmigrante que se encuentren en una situación regular dentro de la UE. Sin embargo, el Consejo Europeo omite en tales conclusiones a las personas con discapacidad, uno de los colectivos con un mayor potencial para mejorar este indicador, por número y por su posición relativa frente al resto de la población activa en cuanto a este indicador se refiere, máxime habida cuenta que su tasa de empleo y de actividad son la mitad de las del resto de la población.

Por otra parte, en una sociedad con continuos cambios tecnológicos, mercados integrados y modificaciones en la estructura productiva (situaciones, todas ellas, que llevan a un aumento en la demanda de trabajadores flexibles y cualificados), las personas que abandonan de forma prematura el sistema educativo o que carecen de estudios superiores, se enfrentan a serios problemas en el mercado laboral: mayores tasas de desempleo, menores salarios, mayor precariedad, peores condiciones laborales y, consecuentemente, un mayor riesgo de exclusión económica y social. Porque capacitar a las personas para una sociedad inclusiva debe ser más que proporcionar habilidades laborales.

Por ello, la EU2020 y los Planes Nacionales por los que se aplica dicha estrategia en cada uno de los Estados miembro, han de hacer hincapié en la educación inclusiva y en el sistema educativo general para aquellas personas

que presentan necesidades educativas especiales, con las adaptaciones que sean necesarias, de modo que se evite el abandono escolar prematuro de las personas con discapacidad y que no puedan acceder a la Universidad, solo porque no han dispuesto de los medios y adaptaciones necesarios para continuar sus estudios tanto escolares como superiores en igualdad de condiciones con el resto de sus compañeros, tal y como exige la Convención de la ONU.

Por último, las personas con discapacidad registran un índice de pobreza un 70% superior a la media[211], en parte por tener un menor acceso al empleo, por lo que la consecución de este objetivo depende, en buena medida, del cumplimiento de los dos objetivos anteriormente formulados.

La Comisión propone además siete iniciativas emblemáticas para catalizar los avances en cada tema prioritario, siendo dos de ellas las más significativas por su el impacto que pueden tener para avanzar en la inclusión laboral y la no discriminación de las personas con discapacidad.

En primer lugar, la “Agenda de nuevas cualificaciones y empleos”, para modernizar los mercados laborales y potenciar la autonomía de las personas mediante el desarrollo de capacidades a lo largo de su vida con el fin de aumentar la participación laboral y adecuar mejor la oferta y la demanda de trabajos, en particular mediante la movilidad laboral.

En segundo lugar, la “Plataforma europea contra la pobreza”, cuyo objetivo es garantizar la cohesión social y territorial de tal forma que los beneficios del crecimiento y del empleo sean ampliamente compartidos y las personas que sufren de pobreza y exclusión social pueden vivir dignamente y tomar parte activa en la sociedad.

Este paquete de medidas se completa con la Estrategia Europea de Empleo, concebida como el instrumento principal de orientación y coordinación de las

[211] Estadísticas sobre la renta y las condiciones de vida en la UE (EU-SILC), de 2004.

prioridades de la política de empleo que los Estados miembros suscriben a nivel europeo.

Para evitar que los objetivos se queden sin plasmarse en actuaciones concretas, medibles y evaluables, es por lo que han de dedicarse los recursos necesarios para su desarrollo, siendo sin duda los más importantes, por la cuantía que representan en el presupuesto comunitario (un 35 %), los Fondos Estructurales y en particular, el Fondo Social Europeo.

4. Los instrumentos financieros para la no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo

La Política Regional, el más potente instrumento de solidaridad y cohesión.

La Política Regional es un instrumento de solidaridad financiera y una poderosa herramienta de cohesión e integración económica.
En este contexto, una de las principales herramientas para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad y de sus familias son los Fondos Estructurales de la Unión Europea.

Desde sus inicios, han sido varias las iniciativas dedicadas específicamente a la promoción de la formación y el empleo de las personas con discapacidad.
Las más importantes fueron en el periodo 1994-1999 las Iniciativas denominadas HORIZON, que tenían como objetivo potenciar las condiciones de acceso al mercado de trabajo, a través de la formación profesional y de la adaptación de las infraestructuras a las necesidades específicas de las personas con discapacidad y en el periodo 2000-2006, la iniciativa EQUAL, cuyo objetivo era establecer una cooperación transnacional para promover nuevos medios de combatir todas las formas de discriminación y todas las desigualdades en el mercado de trabajo y en la que se abordaba la discriminación a la que se enfrentan las personas con discapacidad en el mercado del trabajo de forma más completa.

En el año 2000, los Fondos Estructurales, que en la práctica durante muchos años se centraron principalmente en el desarrollo económico, la creación de infraestructuras y la formación para el empleo, optaron por un enfoque más inclusivo y abierto, en línea con las nuevas tendencias de la UE.

Ello posibilitó en el caso español, que por primera vez un Estado miembro aprobase un Programa Operativo temático, dirigido a la lucha contra la discriminación de colectivos en riesgo de exclusión, entre los que se encuentran las personas con discapacidad y que también con carácter absolutamente innovador y único en toda la UE, se designase como entidades gestoras a entidades privadas con amplia experiencia en el trabajo con grupos especialmente vulnerables. Este programa, denominado Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación, ha sido reconocido por la Comisión Europea como un ejemplo de buenas prácticas susceptible, cuyo modelo es susceptible de ser exportado a otros Estados miembro [212].

Pero es en 2007 cuando, fruto de la movilización de las organizaciones de la sociedad civil que representan a las personas con algún tipo de discapacidad y sus familias, así como a los demás grupos vulnerables, los Fondos Estructurales modificaron su reglamentación incorporando la perspectiva de la discapacidad a través de la inclusión del artículo 16 del Reglamento General de los Fondos Estructurales 1083/2006, convirtiéndose también en un instrumento de política pública para la erradicación de barreras físicas y sociales para las personas con discapacidad.

Desde entonces, los Fondos Estructurales deben asegurar la accesibilidad para las personas con discapacidad, siendo éste uno de los criterios fundamentales que deben observarse al decidir operaciones cofinanciadas por los Fondos y que debe tenerse en cuenta durante las diversas etapas de ejecución de dichas operaciones. Lamentablemente, en este periodo, se está prestando más atención al control financiero que al cumplimiento por parte de los gestores de

[212] http://www.fundacionluisvives.org/servicios/publicaciones/detalle/51162.html

los fondos, de los principios proclamados en los Reglamentos y de los resultados alcanzados.

En este momento en el que se están negociando las perspectivas financieras para el periodo 2014-2020 y tal y como recomienda el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen SOC/391, sobre “el futuro del Fondo Social Europeo después de 2013”, aprobado el 15 de marzo de 2011 y del que Miguel Ángel Cabra de Luna ha sido co-ponente, el FSE es el instrumento privilegiado para apoyar la aplicación de la Estrategia UE2020 y la Estrategia Europea de Empleo y por ende, ha de estar dotado de más recursos en línea con los mayores desafíos a los que tendrá que hacer frente. El propio CESE reclama que debe concederse prioridad a la creación de empleo de calidad y a la inclusión en el mercado de trabajo y en la sociedad de los grupos sociales vulnerables como son las personas con discapacidad.

Los Fondos Estructurales deben mantener y mejorar en el futuro las disposiciones en materia de accesibilidad para las personas con discapacidad, no solo como principio transversal, sino como prioridad de gasto específica.
A fecha de hoy, los borradores de Reglamentos prevén entre sus objetivos la inclusión social de las personas con discapacidad, como uno de los grupos prioritarios a los que se deben destinar los fondos comunitarios. Parlamento Europeo y Consejo tendrán la última palabra. Se ha de confiar en que recuerden que han de cumplir con las obligaciones legales que han adquirido al ratificar la mayoría de los Estados miembro la Convención de la ONU. Pero el camino es largo, y habrá de mantenerse alerta hasta el final de la negociación.

5. Conclusiones

El impulso de las instituciones europeas a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades es evidente, y su acompañamiento de medidas e instrumentos específicos de intervención no hace sino confirmar que el compromiso es real y constituye uno de los principales objetivos del proyecto comunitario.

Sin embargo, la discriminación sigue siendo un hecho contrastado en diferentes ámbitos de la vida pública. En la escuela, en el empleo o en la participación social y política se siguen observando ejemplos de trato desigual y de ausencia de las mismas oportunidades de partida para todos, lo que no hace sino sembrar la duda de si el esfuerzo normativo y estratégico está logrando impulsar transformaciones de cierta importancia en la realidad cotidiana que conocen los 80 millones de ciudadanos con discapacidad que viven en la UE.

Aunque se presta atención a la creación y defensa del empleo, deben detallarse los pasos a seguir sobre cómo se crearán empleos de calidad que saquen a las personas de la pobreza, especialmente en nuevas áreas de necesidad social, reconociendo el papel clave de la economía social, especialmente el de los Centros Especiales de Empleo.

Uno de los elementos que de forma más determinante contribuye al desarrollo y a la estabilidad social y personal es el acceso al ámbito del trabajo. El tipo de empleo, sus condiciones, su salario y, en general, las oportunidades laborales, definen de manera muy directa los estilos de vida, como también afectan al modo en el que la sociedad percibe y valora a los individuos. Así, las personas con discapacidad tienen el derecho, pero también la especial necesidad, de lograr una integración plena en el mercado de trabajo, pues disponer de un trabajo enaltece a las personas, y las hace sentir útiles para el desarrollo de la sociedad. La UE no ha dado la espalda a esta realidad y así lo ha plasmado en los diversos planes y normativas que ha aprobado al efecto.

Pero es hora de pasar de las palabras a la realidad. Es ineludible que en el presupuesto comunitario para el próximo septenio 2014-2020, en particular el de los Fondos Estructurales, se dediquen recursos económicos suficientes para la inclusión social por medio del empleo y la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad y que no se consagre ni un solo euro a crear más barreras que impidan una vida digna y autónoma para las personas con discapacidad. Si se quedan en meras declaraciones de principios, reflejadas en

el papel pero no se traducen en hechos, los avances seguirán quedando en el ámbito de lo virtual.

Lo cierto es que a día de hoy sólo el 40% de las personas con discapacidad tiene un empleo, que un 52% están inactivas, frente al 28 % de las personas sin discapacidad y que el riesgo de pobreza de las personas con discapacidad se ha estimado en un 70% por encima de la media.

Estas cifras demuestran que las personas con discapacidad, aunque experimenten dificultades a la hora de encontrar un empleo, constituyen un potencial inexplorado de talento para un mayor crecimiento económico, por lo que invertir en políticas activas no es un gasto sino una inversión a futuro, máxime en esta sociedad globalizada, en la que si la UE quiere seguir siendo un actor a escala mundial, debe seguir apostando por los valores que han caracterizado nuestro modelo productivo.

Construir una sociedad inclusiva depende no sólo del esfuerzo de los individuos, sino de los compromisos de la sociedad y las Instituciones públicas para defender el derecho de todas las personas a la igualdad.

Bibliografía

RODRIGUEZ CABRERO, G.: *El desarrollo de la política social en la Unión Europea y la construcción de los derechos sociales en una Europa ampliada*. http://leonxiii.upsam.net/seminarios/03_seminario/iii_seminario_02_sesion_cabrero.pdf

MCANANEY, D., VILELA, B.: *The European Social Fund and Disability.* Primera edición. Bruselas: oficina de publicaciones de la Unión Europea, 2010. http://ec.europa.eu/esf/main.jsp?pager5.offset=10&catId=3&langId=en#opt5

RED2RED Consultores. *Igualdad de trato en el empleo: una panorámica de la aplicación de la directiva 2000/78 en España desde la perspectiva de las personas con discapacidad.* Primera edición. Madrid: Fundación ONCE, 2007.

COMISIÓN EUROPEA. *Europe 2020: A European strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Communication from the Commission*. COM (2010) 2020. Brussels, 3.3.2010.

DE ASIS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C.: *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.* Primera edición. Colección Convención ONU nº 3. Madrid: CERMI, 2010.

EUROPEAN COMMISSION. Centre for Strategy and Evaluation Services. *Mid-term Evaluation if the European Action Plan 2003-2010 on Equal opportunities for People with Disabilities. Final report*. Brussels, June 2009.

RAMOS DÍAZ, J. (Coordinador del taller de expertos): *El empleo y la dimensión social de la Estrategia UE2020*. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones. Madrid, 2010.
http://www.meyss.es/es/publica/pub_electronicas/indice/contenidos/El_empleo_y_la_dimension_social_en_la_estrategia_UE-2020.pdf

COMISIÓN EUROPEA. *Diez años de la Estrategia Europea de Empleo*, Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades, Bruselas, 2007.

FRESNO, J.M.: *10 años trabajando con la UE por una Sociedad Inclusiva. La actuación y el valor añadido de las entidades sociales gestoras del Programa Operativo de Lucha contra la Discriminación*. Primera edición. Caritas Española, Cruz Roja española, Fundación Luis Vives, Fundación ONCE Fundación Secretariado Gitano. Madrid, 2010.

LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Vicente Mora González

Inspector de Trabajo y Seguridad Social
vimorgon@telefonica.net

Para comprender la realidad es preciso previamente conocerla.

Por ello resulta necesario presentar de forma objetiva los principales indicadores de una realidad como el trabajo humano. Las personas con discapacidad se sitúan ante éste de forma diversa, debido a una pesada herencia de prejuicios e ideas estereotipadas sobre sus verdaderas capacidades, habilidades, aptitudes y actitudes. Es obvio que el resultado es una discriminación real en el acceso al empleo y en sus condiciones de trabajo en el caso en que se obtenga un trabajo.

Una de las primeras dificultades que tenemos para conocer esta realidad es que todavía no disponemos de una batería integral y permanentemente actualizada de los datos e indicadores estadísticos sobre la actividad y empleo de este colectivo, lo que, por el contrario, sí ocurre con la población en general, gracias a la Encuesta de Población Activa (EPA). No tenemos más remedio que acudir a encuestas o estudios puntuales que, dada su complejidad y coste, se elaboran cada cierto tiempo.

El más reciente es la explotación de la EPA y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad, cuyos primeros resultados ha publicado el INE en diciembre del año 2011[213], sobre datos de los años 2009 y 2010. El estudio del INE se basa, por consiguiente, en la base estatal de datos de personas con discapacidad certificada (mediante el reconocimiento administrativo del grado de discapacidad), abarcando casi 1,2 millones de personas en edad laboral (el 3,8% de la población total con edad de trabajar) Por tanto es una muestra muy amplia, lo que ofrece gran fiabilidad a sus resultados.

Lo que primero llama la atención es la muy baja participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo español, en una tasa (36,2%) menor que la mitad de la de las personas sin discapacidad (75,9%) Pero hay

[213] El Empleo de las Personas con Discapacidad. Explotación de la Encuesta de Población Activa y de la Base Estatal de Personas con Discapacidad. Años 2010 y 2009. *Datos provisionales, INE, diciembre 2011*

un dato que resulta tanto o más impactante: La percepción de pensiones también es un elemento ligado a la situación de actividad de las personas con discapacidad. Un 91% de las personas con certificado de discapacidad que recibieron alguna pensión en 2010 eran inactivas y sólo un 38,2% de quienes no percibieron pensión eran inactivas. Sin duda la percepción de prestaciones económicas, imprescindibles en muchos casos para combatir la pobreza, juegan a la vez como freno u obstáculo a la actividad laboral, lo que nos debe hacer reflexionar a la hora de diseñar nuevas políticas que contemplen un régimen más adecuado de compatibilidad entre prestaciones sociales y trabajo, que incentive éste y no lo obstaculice, como parece que ocurre ahora.

Un segundo factor a tener es el de la educación inclusiva, ya que el estudio antes reseñado demuestra que, cuanta más formación tienen las personas con discapacidad, mayor es su integración en el mercado de trabajo. Así, las que cuentan con una cualificación superior elevan su tasa de actividad del 36% al 60%, es decir casi el doble.

Dentro del grupo de "activos" hay personas con discapacidad que buscan empleo y otros que han conseguido ya uno. Pues bien, el desempleo de las personas con discapacidad, aun siendo, en el 2010, todavía superior en tres puntos al general, se ha comportado mejor durante estos dos años de la crisis: entre el 2009 y 2010 creció 1,5 puntos, mientras que fue de 2 puntos el incremento de la tasa de paro en general. Este hecho confirma el potencial de creación de empleo que se tiene en este colectivo y la necesidad de insistir en que se hagan esfuerzos suplementarios para lograr su plena integración laboral.

Finalmente, el empleo de las personas con discapacidad es más estable, aun siendo su tasa del 27,7%, veinte puntos inferior al de la población en general, ya que el 78,9% tenía contrato indefinido (cuatro puntos más que la tasa general que incluye a las personas con discapacidad).

Si ahora nos fijamos en los datos de contratación[214] publicados por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) podemos confirmar que el empleo de las personas con discapacidad, aun también afectado por la crisis financiera y económica, ha aguantado mejor que el de la población en general. Y ello, en parte pero no solo, por el apoyo de y hacia los centros especiales de empleo. En el año 2010 se han realizado 61.128 contratos de trabajo con personas con discapacidad, un 18,52 % más que en el mismo periodo de 2009 (año en el que se celebraron 51.577 contratos) Este crecimiento ha sido superior (un 29,20%) en los centros especiales de empleo, los cuales absorbieron en el año 2010 el 64,34% de los contratos. Es cierto, no obstante, que la crisis ha hecho crecer la precariedad, ya que se hicieron en dicho año más contratos de duración determinada o temporales (crecieron un 21%) que indefinidos (lo hicieron en un 11%).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las personas con discapacidad ante el mercado de trabajo presentan una imagen muy poco homogénea, ya que en la discriminación laboral del colectivo inciden especialmente una serie de factores, tales como el tipo y el grado de discapacidad, la edad, el sexo y el nivel educativo y/o de cualificación. Como ha descrito algún estudio[215] el colectivo con discapacidad severa tiene un gran déficit educativo y una tasa de inactividad que duplica la de la población sin discapacidad y es veinte puntos porcentuales superior a la de las personas con discapacidad moderada. Únicamente 30 de cada 100 personas del colectivo con mayor discapacidad están trabajando (40% en la Unión Europea[216]) y casi 48 de cada 100 del colectivo de personas con discapacidad moderada frente a 62 de cada 100 en el caso de la población sin discapacidad. La situación de España, como hemos visto, es también peor que la media de la Unión Europea.

---

214 "Observatorio Estatal de la Discapacidad; Información estadística sobre personas con discapacidad; situación a 1 de enero de 2011; Servicios Público de Empleo Estatal).

215 "Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación coste económico de nuevas propuestas de integración laboral" Gregorio Rodríguez Cabrero, Carlos García Serrano y Luis Toharia (Universidad de Alcalá), 2008

216 El empleo de las personas con discapacidad en Europa en 2002. Comisión Europea, Eurostat, 2003.

Considerando la población inactiva, recordemos que es la que ni trabaja ni busca empleo (muchas veces por desanimo), hay que destacar el elevado porcentaje de personas con más de 55 años en el grupo con discapacidad severa y el elevado porcentaje de personas sin estudios y con estudios primarios en el grupo con discapacidad severa. Puede estimarse que estos grupos, al combinar un grado de discapacidad elevado con un nivel de capital humano bajo, resultan difícilmente empleables en el mercado de trabajo.

Finalmente el estudio últimamente citado refleja otra faceta de la discriminación, la salarial o de ingresos, lo que convierte al empleo de nuestro colectivo más proclive a la pobreza y la exclusión social (además de su excesiva dependencia de las prestaciones sociales) Así, hay que resaltar un resultado obtenido a partir de los datos sobre las bases de cotización procedentes de la Muestra Continua de Vidas Laborales de la Seguridad Social (MCVL): tanto la base media mensual como la suma anual de las bases de cotización de los trabajadores con discapacidad son inferiores a las correspondientes a las de las personas sin discapacidad. Esto sugiere la existencia de una diferencia salarial en contra de las personas con discapacidad: éstas cobrarían entre un 15 y un 20% menos en promedio.

Así pues podemos empezar concluyendo que, a pesar de los esfuerzos que los sucesivos Gobiernos han invertido para cambiar esta situación, lo cierto es que las tasas de paro entre las personas con discapacidad siguen siendo altas, y las de actividad y empleo muy bajas, al igual que, habría que añadir, es comparativamente más baja la retribución de sus puestos de trabajo.

Como ha puesto de relieve un estudio del año 2008[217], cuatro factores aumentan las posibilidades de que las personas con discapacidad se mantengan fuera del mercado laboral: ser mujer; tener una edad relativamente elevada; tener una discapacidad psíquica y tener una baja cualificación.

[217] Estudio de investigación sobre economía, discapacidad y empleo desde la perspectiva de la economía aplicada, Antonio García Lizana y Miguel Ángel Fajardo Caldera (coordinadores), ASEPELT, Investigación para la Fundación ONCE, 2008

La formación es uno de los dos factores apuntados con carácter general, cuya incidencia sobre el conjunto de las personas con discapacidad resulta particularmente decisiva. Un estudio del INE del año 2002[218] señalaba que del conjunto de personas de 16 a 64 años con discapacidades o problemas de salud, el 19,2% habían completado estudios secundarios o superiores, el 51,2% habían terminado la educación primaria o al menos sabían leer y escribir y el 7,5% era población analfabeta. Los niveles de estudios donde se observan mayores diferencias entre los colectivos con y sin problemas de salud o discapacidad (siempre la peor situación corresponde a los primeros) son los extremos, es decir, el de estudios primarios y el de estudios universitarios o equivalentes. También el porcentaje de analfabetos es drásticamente diferente, siendo sólo del 0,6% en el resto de la población.

Las personas con discapacidad, como se ha visto, están fuertemente concentradas en los niveles de estudio más bajos, sin que esto se relacione apenas con la propia discapacidad[219]. Las personas con discapacidad antes de entrar en el mercado de trabajo alcanzan niveles de estudio más bajos y las discapacidades que van apareciendo con el transcurso de la vida concentran a las personas con discapacidad en edades relativamente más altas dentro de la población en edad laboral, edades en las que lo normal es un nivel de estudios más bajo que en el promedio de toda la población.

Conocidos los datos, hay que diagnosticar las dificultades que ofrece la obtención de empleo por las personas con discapacidad.

Los más recientes enfoques y modelos científicos que nos acercan al mundo de la discapacidad ponen un mayor énfasis sobre los derechos y menos sobre las deficiencias. Este paradigma tiene su elemento nuclear en el reconocimiento y garantía de derechos plenos en todos los órdenes de la vida: social, política, cultural. Esto ha sucedido porque las propias 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

[218] Módulo especial del segundo trimestre de la Encuesta de Población Activa de 2002 (EPA-2002)
[219] Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia de 2008 (EDDES-1999).

edificios inaccesibles, las actitudes discriminatorias y los estereotipos culturales negativos, que “discapacitaban” a las personas con deficiencias.

Nuestras sociedades se han organizado en torno al mundo de las ocupaciones y el empleo, y muchos de nuestros valores y principios morales se basan en la relación de los individuos con las actividades productivas. Disponer de un empleo supone desempeñar un rol socialmente valorado, ser reconocido como un sujeto de derechos y obligaciones, estar en el centro del círculo virtuoso del bienestar social, mientras que no disponer de empleo es un factor de marginalidad y un riesgo de exclusión social.

Como señalaba acertadamente la "Estrategia Global de Acción para el Empleo de Personas con Discapacidad", aprobada por el Gobierno de España en el año 2008, hay dos factores que contribuyen a la baja tasa de empleo de este colectivo: su nivel educativo y la discapacidad sobrevenida.

La baja incorporación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo obedece a que los empresarios (salvo en los centros especiales de empleo) suelen desconocer, por prejuicios atávicos, el verdadero potencial productivo de estas personas y temen los posibles costes adicionales que conlleva la contratación de personas con discapacidad, especialmente de aquellas con discapacidades más limitantes. Por otra parte, en el mundo empresarial hay un amplio desconocimiento de la variedad de ajustes para la adaptación al puesto de trabajo que existen en el mercado, y que ya no tienen por qué ser necesariamente muy caros. Finalmente puede apuntarse, como factor que perjudica la inserción laboral, la falta de especialización de los servicios públicos de empleo en materia de discapacidad y la escasa coordinación entre éstos y las organizaciones de las personas con discapacidad.

Por otra parte, existe la concepción de que las personas con discapacidad pueden desempeñar puestos de trabajo en una empresa con el mismo grado de rendimiento que el resto de trabajadores. Esta percepción, en principio positiva, puede tener consecuencias negativas, puesto que los empresarios

tenderán a contratar a trabajadores con discapacidades poco limitantes. Siendo esto así, un porcentaje importante de empresas estima que las ayudas económicas y las ventajas fiscales deberían compensar esta situación.

La discriminación salarial que también se observa puede estar basada en prejuicios negativos, que pueden llevar al empleador no solo a contratar menos trabajadores con discapacidad, sino, cuando los contrata, a pagarles un salario menor por su presunta menor productividad.

Según un estudio[220] dos razones importante que explican nuestra baja tasa de ocupación de las personas con discapacidad son el escaso cumplimientos de la cuota de reserva de empleo del 2% y la poca utilización de la negociación colectiva en este campo. Estima el estudio en cuestión que el grado de cumplimiento de la cuota estaría entre el 0,5 y 1,0 por cien. Por contra, un cumplimiento de la cuota del 2% contribuiría a elevar la tasa de ocupación. Pero solo si el objetivo es conseguir igualar la tasa de ocupación de las personas con discapacidad a la de la población general, objetivo deseable en sí mismo, el cumplimiento de la cuota obligatoria podría llegar solo a cubrir casi un 37 por ciento del déficit teórico de inserción laboral de las personas con discapacidad.

Por tanto, es necesario implantar nuevas medidas, y ahí la negociación colectiva entre Sindicatos y empresarios, en el nivel de la empresa o del sector tiene un importante papel.

Todos estos factores discriminantes obligan a adoptar una estrategia específica.

Es de justicia citar primero la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en la ONU el 13 de diciembre de 2006, que en seguida entró en vigor en España, y que ha sido objeto de

[220] "Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral", Gregorio Rodriguez cabrero, Carlos García Serrano y Luis Toharia, Ediciones Cinca, 2009

transposición parcial en nuestro país, mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Son muchas las referencias al trabajo en la Convención, pero el artículo 27 de la misma es su disposición central. Se reconoce *"el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás",* lo que incluye el *"derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad",* la prohibición *"de la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables"*, y los derechos a la *"igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor"..."incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos".* También obliga a "*asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás", "permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua", "apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo", "promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia", "el empleo en el sector público",* los programas de *"acción positiva, incentivos y otras medidas",* y el derecho a los *"ajustes razonables...en el lugar de trabajo".*

No se puede olvidar tampoco la intensa acción de la Unión Europea, cuyo Tratado contempla como política propia la lucha contra la discriminación en diversos ámbitos, entre otros las discapacidades y que aprobó una serie de Directivas, tales como la 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Documento importante que demuestra el compromiso europeo por la igualdad es La *«Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras»* La estrategia de la UE se centra en la potenciación del papel de las personas con discapacidad para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población y en la eliminación de los obstáculos a los que han de enfrentarse en la vida diaria.

En la lucha contra cualquier forma de discriminación la UE ha sido igualmente muy activa. Se incluyó por vez primera un nuevo artículo en el Tratado de Ámsterdam – el artículo 13 -, que entró en vigor en 1999. Este artículo constituyó un avance muy importante en la lucha contra la discriminación, puesto que señalaba de forma expresa nuevos motivos de discriminación como el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la edad, la discapacidad y la orientación sexual. La adopción del artículo 13 reflejaba el reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de desarrollar un enfoque coherente e integrado en materia de lucha contra la discriminación.

Pero, sin duda, es en el ámbito español, quizás por su relativo atraso respecto otros países socialmente más avanzados, donde se han introducido en la última década más novedades legislativas y políticas, tras aquella gran Ley iniciática que fue la LISMI del año 1982. Pues bien, después se aprobaron disposiciones legislativas y programas políticos muy importantes, como la Ley 51/2003, LIONDAU, los Planes de Acción para las personas con discapacidad, la Ley 62/2003, sobre medidas de igualdad en el empleo y la ocupación, los Planes de Accesibilidad, los dos Planes de Empleo para las personas con discapacidad (del año 1997 y 2002) y la “Estrategia global para el empleo de las personas con discapacidad”, aprobada por el Gobierno en septiembre de 2008, y su Plan de Acción. Recientemente, hay que destacar el Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, así como el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

Es bien sabido que nuestra Constitución de 1978 prohíbe establecer discriminaciones por cualquier condición o circunstancia personal o social (Art. 14), legitima la acción positiva en el artículo 9.2 y obliga a los poderes públicos a realizar políticas hacia las personas con discapacidad y ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que tienen todos los ciudadanos (Art. 49).

La Jurisprudencia Constitucional[221] precisó que la relación de elementos discriminatorios no es cerrada y, por tanto, en el artículo 14 también se incluye a la discapacidad como motivo de discriminación prohibido. Además califica como legitimas las medidas que fomenten la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por cualquier tipo de discapacidad, no siendo contradictoria la llamada "discriminación positiva" con el principio de no discriminación antes enunciado, pues nuestra Constitución avala de forma clara que, a partir del reconocimiento de la existencia real de condiciones de desigualdad entre los ciudadanos por múltiples factores, es preciso un compromiso de los poderes públicos en la promoción de la libertad y de la igualdad.

El grado de protección del artículo 14 de la Constitución, además, es el máximo posible y se plasma en la posibilidad de acudir a los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, agotada la vía jurisdiccional ordinaria, la vulneración de dicho precepto puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El capítulo III del Título II de la Ley 62/2003, regula disposiciones de aplicación del principio de igualdad con el objeto de transponer a nuestro derecho interno la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 29 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general de igualdad de trato

[221] Sentencia 269/1994, de 3 de Octubre.

en el empleo y la ocupación. Concreta, así mismo, el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.

La Ley 62/2003, a pesar de ser una Ley que no fue realmente debatida en Las Cortes Generales, al incluirse en una Ley de acompañamiento a los Presupuestos del Estado, modificó otras normas legales para incorporar los conceptos de discriminación directa e indirecta y modernizar la regulación de la igualdad de trato y la no discriminación en el ámbito del trabajo.

En ella, se define jurídicamente el principio de igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas. Así mismo, se define lo que es discriminación directa, discriminación indirecta y acoso, en términos similares a como se recoge en la Ley 51/2003

El ámbito de aplicación de la norma comprende es muy amplio y comprende: acceso al empleo; afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales; condiciones de trabajo (jornada, salarios...); promoción profesional; formación profesional para el empleo; acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional.

Se modifican artículos nucleares del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), ya que afectan a derechos básicos:

✓ El artículo 4.2.c), que ya consagraba el derecho a no ser discriminado por razón de discapacidad, sustituyéndose en este último el término obsoleto “disminuciones físicas, psíquicas y sensoriales”, e incorporando otros motivos de discriminación procedentes de las Directivas ya referidas (el origen étnico y la orientación sexual).

✓ El artículo 4.2.e), para incluir el derecho de los trabajadores a tener protección frente al acoso por todos los motivos de discriminación ya mencionados.

✓ El artículo 17.1 que introdujo la nulidad de cualquier precepto reglamentario, cláusula de convenio colectivo, pacto individual o decisión unilateral del empresario que contengan discriminaciones desfavorables por razón de la discapacidad, no contemplada hasta la fecha. Así mismo, se considera como nula cualquier decisión del empresario como reacción frente una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial en defensa del principio de igualdad de trato y no discriminación.

Así mismo, se modificó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos:

✓ Para introducir en el artículo 37 de esta Ley la misma definiciones jurídicas ya referidas antes sobre “igualdad de trato”, “discriminación directa” y “discriminación indirecta”.

✓ Los importantes artículos 37 y 37 bis introducen *“medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas con motivo de la discapacidad”* y la obligación empresarial de adoptar a favor de las personas con discapacidad 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. Dicha obligación tiene su límite en que tales medidas no supongan una *“carga excesiva para el empresario”,* para cuya determinación habrá de tenerse en cuenta su coste, la existencia de ayudas públicas, el tamaño o el volumen de negocios total de la empresa.

✓ La introducción de la *“inversión de la carga de la prueba”,* que afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, excepto el penal. En el caso de la Jurisdicción social, este principio se plasma en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, de forma que corresponde al presunto causante de la

discriminación aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Se adapta al nuevo marco jurídico sobre igualdad de trato y no discriminación la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Texto Refundido aprobado por Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto), que continua calificando, por supuesto, las infracciones en la materia de discriminación como muy graves. No así el incumplimiento de la cuota del 2%, a que obliga el artículo 38 de la LISMI, que sigue considerándose infracción grave, si bien agravada, a partir de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con sanciones accesorias consistentes en la pérdida de las distintas ayudas al empleo.

Finalmente, la ley 62/2003 ordena a los poderes públicos fomentar mediante incentivos y medidas de apoyo la adopción por las empresas y las organizaciones sindicales y empresariales planes de igualdad a favor de las personas con discapacidad, cuestión esta que se ha utilizado bien poco, a pesar del indudable interés que tiene.

Todo ello sin duda ha contribuido a que la situación de las personas con discapacidad mejore notablemente.

Sin embargo, los datos expuestos al principio revelan que el disponer de todo este acervo normativo y programático no ha sido suficiente.

Las personas con discapacidad se encuentran en una situación de trato discriminatorio en su trabajo. Hay que distinguir entre tres supuestos muy diferenciados: por un lado, los casos discriminatorios en el acceso al mercado laboral, en segundo lugar la discriminación que se produce una vez que la persona con discapacidad ya está desarrollando su labor en el seno de una empresa y encuentra trabas para promocionar o simplemente para mantener su empleo o percibir una retribución igual al de otros trabajadores que realizan un trabajo del mismo valor. Habría además un tercer supuesto que tendría

lugar cuando un trabajador adquiere una discapacidad sobrevenida y ve empeorada su situación laboral inicial con motivo de este suceso, bien porque no puede desempeñar su trabajo sin la implementación de un ajuste razonable, bien porque se ve relegado a un puesto de menor nivel del que tenía. No hay que olvidar que se ha estimado que en un 70% de los casos la discapacidad es sobrevenida.

Son muy escasas las denuncias de trabajadores con discapacidad en esta materia. Deben plantearse, bien en los Juzgados de lo Social, bien en la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La estadística de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social no distingue entre las actuaciones inspectoras derivadas de denuncias por discriminación por razón de sexo de otros motivos de discriminación (raza, edad, afiliación sindical...) En todo caso, en el año 2010 se realizaron 1.891 actuaciones en materia de discriminación, salvo por razón de sexo, y se extendieron 45 infracciones con propuesta de sanción y 101 con requerimiento (sin multa) Otras actuaciones se refieren a la discriminación en el acceso al empleo (128 y 2 infracciones con propuesta de sanción).

Más abundantes fueron las inspecciones para verificar la aplicación del artículo 38 de la LISMI, que obliga a que las empresas de 50 ó más trabajadores cuenten con un 2% de personas con discapacidad, salvo que estén autorizadas para aplicar medidas alternativas. Se realizaron 4.381 actuaciones, y 340 empresas sancionadas. Pero fueron inspecciones programadas desde la Administración, no derivadas de denuncias.

En las estadísticas judiciales, sorprendentemente, no se encuentra rastro de información sobre demandas y resoluciones judiciales en materia de discriminación.

La razón de que se denuncien poco los casos de discriminación sin duda está asociada al miedo a perder el empleo, a pesar de la confidencialidad que debe guardar la Inspección en el tratamiento de sus investigaciones. Otra motivo

puede ser la falta de percepción de las discriminaciones que pueden tener muchos trabajadores y una tercera la falta de información sobre los procedimientos a seguir.

Es necesario un nuevo modelo de inclusión laboral, porque el modelo está agotado, ya no sirve para seguir avanzando.

Este nuevo modelo ha de hacer frente a dos objetivos estratégicos:

El primero, aumentar las tasas de actividad y de ocupación de las personas con discapacidad, contribuyendo así a cumplir con la Estrategia 2020 de la Unión Europea.

El segundo, mejorar la calidad del empleo y dignificar las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, combatiendo activamente su discriminación.

Los principios que deben inspirar este nuevo modelo y el papel de los distintos agentes implicados se resume en las siguientes ideas:

Fomentar la actividad laboral: El término de “persona con discapacidad” no debe considerarse en absoluto sinónimo de “incapaz para el trabajo”. Un elemento fundamental de la política de fomento del empleo de las personas con discapacidad consiste en crear mecanismos que produzcan un fuerte estímulo (“motivación”) hacia la vida laboral activa.

Enfoque global: Estas acciones deben adoptarse en diversos ámbitos (educación, Seguridad Social, fiscalidad, entre otros) ya que abordarlo sólo desde las políticas de empleo no dará el resultado perseguido.

Mejorar la actitud y responsabilidad de las personas con discapacidad: se han de realizar todos aquellos esfuerzos que se crean necesarios para la inclusión y apoyo de las personas con discapacidad, para propiciar que éstas, sus

familias y las entidades prestadoras de servicios, pongan todo su empeño en aprovechar las oportunidades que se les ofrecen.

El compromiso de las empresas: La implicación de los empleadores es esencial para una satisfactoria incorporación al mercado laboral de las personas con discapacidad.

El compromiso de las Instituciones Públicas: A todos los niveles, las Administraciones (Estado, Comunidades Autónomas, Locales e Institucionales) deben ser motor del cambio en las políticas.

Igualdad entre hombres y mujeres: Un enfoque que tenga en cuenta la multiexclusión de las mujeres con discapacidad.

Diálogo social: Una aproximación mutua entre los movimientos de la discapacidad y los interlocutores sociales.

Las medidas que deberán diseñarse han de suponer una completa renovación de las políticas de empleo hacia nuestro colectivo, comprendiendo:

Hacer progresivamente realidad el derecho a la accesibilidad en los centros de trabajo (“ajustes razonables”), desarrollando adecuadamente la legislación que traspone la Directiva de Igualdad en el empleo (78/2000/CE) y mejorando todo el sistema de ayudas y servicios a la adaptación de los puestos de trabajo.

Actualizar las ayudas a la contratación y al autoempleo de los trabajadores con discapacidad, impulsando también el teletrabajo como fórmulas todas ellas adaptables para ofrecer nuevas oportunidades de empleo.

Hacer que la contratación pública y las subvenciones oficiales sean también un mecanismo para avanzar en la igualdad en el empleo.

Seguir avanzando en la igualdad también en el empleo público.

Revisar en profundidad, para modernizar y actualizar, el marco regulador y de las ayudas a los centros especiales de empleo, removiendo también los obstáculos normativos que se presentan para incrementar los enclaves laborales.

Dar un nuevo impulso a la cuota de reserva, corrigiendo las disfunciones de las medidas alternativas que están reduciendo su potencial de creación de empleo.

Mejorar la formación de las personas con discapacidad, mediante la adaptación de la oferta a las necesidades del colectivo.

Dar la importancia que se merecen los centros ocupacionales y las prácticas prelaborales.

Fomentar la sensibilización de empresas y trabajadores, mediante la divulgación de buenas prácticas, la responsabilidad social corporativa, la negociación colectiva y el trabajo conjunto con las organizaciones de las persona son discapacidad, en el marco de un fuerte dialogo social.

Ampliar la participación institucional del CERMI en el ámbito social.

Hacer que la protección social no represente un obstáculo a la actividad laboral o por cuenta propia.

Hacer frente a la problemática de la discapacidad sobrevenida y promover más activamente el mantenimiento del empleo de las personas que pasan a situaciones de incapacidad en el Sistema de Seguridad Social.

Abordar medidas fiscales que puedan contribuir a la integración social y laboral de las personas con discapacidad.

Bibliografía

RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C. y TOHARIA, L.: *Evaluación de as políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral,* Ediciones Cinca, Madrid, 2009.

DE LORENZO, R.. *Discapacidad, sistemas de protección y Trabajo Social,* Alianza Editorial, Madrid, 2007.

GARCÍA LIZANA, A. y FAJARDO CALDERA, M.A.: (Coords.): *Estudio de investigación sobre economía, discapacidad y empleo desde la perspectiva de la economía aplicada*, ASEPELT, Investigación para la Fundación ONCE, 2008

ACCIÓN POSITIVA, ACCESO Y AJUSTES RAZONABLES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ENTORNO LABORAL

Clara Gaztelu San Pío

Directora de la Unidad de Desarrollo, Dirección de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE
claragaztelu@gmail.com

Índice

1. Introducción
2. Medidas de acción positiva
2.1. Incentivos a la contratación de personas con discapacidad
    2.1.1. Medidas para promover la integración en el mercado ordinario
    2.1.2. Medidas para la integración en mercados de trabajo protegidos
2.2. Otras medidas
3. ajustes razonables en el entorno laboral
4. estrategia española de empleo 2012-2014

Bibliografía

1. Introducción

Esta obra versa sobre 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España, y entre las áreas que aborda está la no discriminación en el empleo. Las personas con discapacidad tienen el mismo derecho que el resto de la población a acceder a un empleo, y así se contempla a nivel internacional en el artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[222], aprobada el 13 de diciembre de 2006 (vigente en España desde el 3 de mayo de 2008).

El acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad es uno de los mayores factores de integración social para este colectivo, pero no es suficiente con reconocer estos derechos, sino que es necesario facilitar el acceso a los mismos para que sean una realidad. Tal y como afirma PALACIOS (2005), que las personas con discapacidad tienen derechos humanos es una afirmación que no se discute en el paradigma actual. El problema radica en que las personas con discapacidad en muchas ocasiones no pueden acceder al goce y ejercicio de estos derechos. En este caso, no se habrá avanzado lo suficiente si sólo se reconocen los derechos pero no se aplican las garantías para que dichos derechos sean efectivos.

A pesar de este reconocimiento jurídico a nivel internacional, las personas con discapacidad siguen siendo un colectivo en riesgo de exclusión y en situación

[222] La Convención establece en su artículo 27 que las personas con discapacidad tienen el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que las demás, y los Estados partes salvaguardarán este derecho no sólo prohibiendo la discriminación, sino también adoptando las medidas pertinentes, entre ellas: *"…permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua; alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo; promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias; emplear a personas con discapacidad en el sector público; promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas; velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo; promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto";*

de desventaja, realidad que se ve agravada por la crisis económica en la que nos encontramos. Así, el *"CESE (Comité Económico y Social Europeo) expresa su preocupación ante la situación de desempleo de las personas con discapacidad ya que, antes de la crisis, el 78% de las personas con discapacidad severa no tenía acceso al mercado de trabajo, se situaba en un nivel de inactividad que doblaba al del resto de la población y su tasa de empleo todavía se estancaba un 20% por debajo de la media de las personas con discapacidad"*[223]*.* Para mejorar esta realidad*, "las políticas de empleo para las personas con discapacidad deben cubrir todo el proceso vital vinculado al empleo atendiendo a vivienda, educación básica, formación, endeudamiento familiar, dificultades financieras, salud, entornos desfavorables y economía local, así como la contratación, la retención en el empleo y la reintegración"*[224]*.*

Dicho esto, en el presente capítulo abordaré en primer lugar las medidas de acción positiva fijadas por las Administraciones Publicas que ayudan a luchar contra la discriminación en el empleo. En un segundo término me referiré a los ajustes razonables que pueden fijar las empresas para que el acceso de estas personas a los puestos de trabajo sea una realidad. Y por último me referiré a la recientemente aprobada Estrategia Española de Empleo 2012-2014.

2. Medidas de Acción Positiva

Para luchar contra la situación de desventaja a la que se enfrentan las personas con discapacidad en el entorno laboral, las Administraciones Públicas establecen una serie de políticas dirigidas a evitar la discriminación de las mismas y a favorecer su integración. Existen también acciones de similar naturaleza para otros colectivos en riesgo de exclusión, todas ellas buscan la normalización social y la participación ciudadana mediante un mayor acceso de estos colectivos al mercado laboral.

El empleo no es sólo la base necesaria para la integración de las personas con discapacidad en la sociedad, sino también el factor más importante para luchar

[223] CABRA DE LUNA, Miguel Ángel. Personas con discapacidad: empleo y accesibilidad por etapas para las personas con discapacidad en la UE. Estrategia de Lisboa posterior a 2010. Conclusiones y recomendaciones número 4.2. Bruselas: Comité Económico y Social Europeo, 2010.

[224] Ibídem. Conclusiones y recomendaciones número 4.11.

contra la pobreza de las mismas. Tal y como se afirma desde el CESE, *"Existe el riesgo de que la crisis incremente los riesgos de pobreza de las personas con discapacidad y sus familias; por otro lado, la crisis puede representar la oportunidad de desarrollar una actividad empresarial más inclusiva, con incentivos y que aumente la productividad de las empresas, contribuyendo a una mejora de la economía en su conjunto"*[225].

Previamente al reconocimiento del anteriormente mencionado artículo 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley 13/1982, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) y la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU) ya recogían medidas para garantizar y fomentar el acceso al empleo de las personas con discapacidad; derechos que están reconocidos en los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española. La LIONDAU establece en su artículo 8.1 que *"se consideran medidas de acción positiva aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad".* En su artículo 8.2 fija el mandato para los poderes públicos de adoptar medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad más vulnerables "…*como son las mujeres con discapacidad, los niños y niñas con discapacidad, las personas con discapacidad con más necesidades de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural"*[226].

El artículo 9 entra ya en detalle, afirmando que *"Las medidas de acción positiva podrán consistir en apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas,*

[225] Ibídem. Conclusiones y recomendaciones número 4.4.
[226] Artículo modificado por la Ley 26/20011, de 1 de agosto, publicado en el BOE 184, de 2 de agosto de 2011.

ayudas técnicas, asistencia personal, servicios personalizados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación…"

El objetivo de estas medidas en el ámbito del empleo es fomentar la plena integración laboral de las personas con discapacidad, partiendo de la base de que ésta es un derecho. Esto se persigue conforme a las siguientes líneas de actuación[227]:

- Eliminación de obstáculos para la integración y participación en el mercado laboral: igualdad de trato y mejora de acceso al sistema educativo y de formación.
- Integración de la política laboral de discapacidad en la política laboral general, de manera que deje de ser una política diferenciada que pueda quedar desconectada.
- Apuesta por la inserción laboral en el mercado ordinario, sin que esto suponga renunciar al empleo protegido.
- Priorización de las medidas encuadradas en las llamadas políticas laborales activas: incentivos a la contratación.
- Alentar a los interlocutores sociales a fomentar la integración de las personas con discapacidad.

Además de la LISMI y la LIONDAU, el Gobierno ha ido desarrollando su labor política y legislativa para perseguir la inclusión sociolaboral efectiva de las personas con discapacidad en España, con los objetivos preferentes de disminuir las tasas de desempleo y elevar las tasas de actividad de este colectivo. En concreto, destacar los dos Planes de Empleo para Personas con Discapacidad (de 1997 y 2002), que han supuesto avances en materia laboral para personas con discapacidad, la "Estrategia global de acción para el empleo de las personas con discapacidad 2008-2012, así como su Plan de Acción. Más recientemente se han reformado las políticas activas de empleo, a través del Real Decreto-ley 3/2011, de 28 de febrero, para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, y de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 (RD 1542/2011, de 31 de octubre).

---

[227] FUNDACIÓN F. LARGO CABALLERO. *Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad – Estudio de fuentes secundarias*. Madrid: 2008. Págs.42.

2.1. Incentivos a la contratación de personas con discapacidad

En relación con las políticas de incentivos a la contratación de personas con discapacidad es necesario realizar una distinción entre las políticas directas dirigidas a la integración en el empleo ordinario (generado en el ámbito privado, público, o en el de la economía social), y aquellas medidas previstas para la integración de las personas con discapacidad a través del empleo protegido en Centros Especiales de Empleo.

2.1.1 Medidas para promover la integración en el mercado ordinario

a) La cuota de reserva del 2% y las medidas alternativas

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) obliga a las empresas públicas y privadas de más de 50 trabajadores en plantilla a cubrir ésta con el 2% de personas con discapacidad.

A pesar del avance que supuso el establecimiento de esta cuota existen deficiencias en el cumplimiento de la misma, ya que no todas las empresas obligadas cumplen la cuota del 2%, y esto a pesar de que ya desde 1997 se establece la posibilidad de que las empresas adopten medidas alternativas cuando existan causas justificadas.

Las medidas alternativas fueron inicialmente recogidas en la Disposición Adicional trigésima novena de la Ley 66/1997, así como la Disposición Adicional undécima de la Ley 50/1998, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas, y del Orden Social, que dieron nueva redacción al artículo 38.1 de la LISMI. Actualmente están reguladas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, y comprenden mecanismos sustitutivos que posibilitan el cumplimiento normativo mediante:

- la compra de bienes o servicios a Centros Especiales de Empleo o con un trabajador autónomo con discapacidad

- la realización de donaciones a fundaciones y asociaciones de utilidad pública, así como acciones de patrocinio de actividades tendentes a la inserción laboral a favor del colectivo de personas con discapacidad,
- o bien la constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un centro especial de empleo, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

Si bien esta alternativa posibilita a la empresa el cumplimiento de la norma, ha de entenderse como una oportunidad excepcional y transitoria que proporciona un espacio temporal en que acometer acciones a favor del cumplimiento efectivo de la LISMI, fomentando la toma de contacto con trabajadores con discapacidad que, aunque de modo indirecto, prestan servicios a los de la empresa. Desde esta óptica, que es la que refleja el espíritu de la ley, las medidas alternativas son un medio de generación de empleo, que si bien es indirecto para la empresa, revierte directamente en el colectivo de personas con discapacidad.

b) Incentivos a la contratación de personas con discapacidad: ayudas y bonificaciones.

Los poderes públicos promueven la contratación de personas con discapacidad en empresas del mercado ordinario a través de incentivos a dichas empresas. Hay ayudas que suponen un pago de una sola vez, por la contratación de personas con discapacidad, y otras que son bonificaciones de las que se benefician las empresas durante la vigencia del contrato.

b.1. Incentivos a la contratación indefinida de personas con discapacidad:

1. Hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo 2012-2014[228] existía una subvención de 3.907 euros por cada contrato celebrado a tiempo completo. Con la Estrategia Española de Empleo se incrementan las ayudas, pasando a ser de 4.000 euros y 4.400 euros si se trata de mujeres. En el caso

[228] Aprobada en el Consejo de Ministros celebrado el 28 de octubre de 2011.

de contratar a personas con discapacidad con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, las ayudas ascienden a 8.000 euros y 8.400 euros si se trata de mujeres con discapacidad. Cuando el contrato se concierte a tiempo parcial dicho importe se reducirá proporcionalmente a la jornada pactada.

2. Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social de acuerdo con la Ley 43/2006. Estas bonificaciones no se han visto modificadas con la Estrategia Española de Empleo.

3. Subvención para adaptación de puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal: hasta la aprobación de la Estrategia las empresas tenían derecho a una ayuda de hasta 901,52 euros, cuantía que se ha incrementado hasta 1.800 euros por persona con discapacidad. Esta duplicación de la subvención ha sido muy bien recibida desde el movimiento asociativo, ya que la subvención que había se consideraba insuficiente. También supone una clara mejora el hecho de que a partir de ahora, tal y como reclamó el CERMI, se haya ampliado esta ayuda a los supuestos de discapacidad sobrevenida reconocida con posterioridad a la contratación, cuando hasta ahora las ayudas sólo estaban vinculadas a nuevos contratos.

4. Subvenciones para la formación profesional de los trabajadores con discapacidad.

5. Deducción en la cuota íntegra del impuesto sobre sociedades de la cantidad de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores con discapacidad contratados por tiempo indefinido, experimentado durante el primer período impositivo iniciado en 1998, respecto a la plantilla media de trabajadores con discapacidad del ejercicio inmediatamente anterior con dicho tipo de contrato.

b.2 Se establecen también bonificaciones para las empresas que contraten a trabajadores con discapacidad mediante el contrato temporal de fomento del empleo, subvenciones que variarán en cuantía en función de si se trata de una persona con discapacidad, discapacidad severa, si son varones o mujeres, o si son menores o mayores de 45 años. También darán derecho a una ayuda de hasta 1.800 euros por persona con discapacidad para adaptación de puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal.

Asimismo, se fijan incentivos para la transformación de estos contratos en indefinidos.

b.3 Subvenciones para contratos formativos (prácticas o para la formación y el aprendizaje). Las empresas que celebren este tipo de contratos con trabajadores con discapacidad tendrán derecho a una reducción del 50% de la cuota empresarial de la Seguridad Social prevista para estos contratos[229]. También tendrán derecho a la ayuda por adaptación y ajustes razonables del puesto de trabajo de hasta 1.800 euros por cada trabajador con discapacidad.

b.4 Medidas de tránsito de las personas con discapacidad desde centros especiales de empleo al empleo ordinario a través de los enclaves laborales: se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con su actividad normal y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

En la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 se establecen ayudas para las empresas que contraten de forma indefinida a trabajadores con discapacidad de uno de los enclaves laborales regulados en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero: las empresas colaboradoras que realicen estos contratos tendrán derecho a las ayudas por celebración de un contrato indefinido, así como las bonificaciones previstas para los supuestos de los enclaves laborales en el RD 290/04.

[229] "Entre el 18 de junio de 2010 y hasta el 31 de diciembre de 2011, las empresas que celebrasen contratos para la formación con trabajadores con discapacidad podían aplicarse una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, así como las correspondientes a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional o seguir con la reducción del 50% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social. La misma bonificación se aplicaba a los contratos para la formación celebrados con anterioridad al 18 de junio de 2010 que fueran prorrogados entre dicha fecha y el 31 de diciembre de 2011, durante la vigencia de dichas prórrogas".

b.5 Medidas de fomento al empleo con apoyo: Se entiende por empleo con apoyo el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñen puestos equivalentes.

Las subvenciones establecidas se destinarán a financiar costes laborales y de Seguridad Social que se generen durante el periodo de desarrollo del proyecto de empleo con apoyo, derivados de la contratación de los preparadores laborales. Dicha contratación se podrá haber realizado tanto durante el desarrollo del proyecto como con anterioridad al inicio del mismo.

La cuantía de dichas subvenciones no se ha visto modificada con la aprobación de la Estrategia Española de Empleo, y serán las siguientes[230]:

- 6.600 euros anuales por cada trabajador con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.
- 4.000 euros anuales por cada trabajador con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% e inferior al 65%.
- 2.500 euros anuales por cada trabajador con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65% y en el caso de personas sordas y con discapacidad auditiva con un grado de discapacidad igual o superior al 33%.

Estas subvenciones se reducirán proporcionalmente en función de la duración del contrato de cada trabajador con discapacidad así como en función de su jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial, y se concederán por períodos máximos de un año, prorrogables en los términos establecidos en el artículo 5.2 del citado Real Decreto.

[230] Real Decreto 870/2007, de 2 de junio.

b.6 Apoyo al emprendimiento, el autoempleo, y la incorporación como socios trabajadores o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales.

Existen también medidas para fomentar las iniciativas empresariales mediante el trabajo autónomo y la economía social. Hasta la aprobación de la Estrategia Española de Empleo estaban reguladas en la Orden TAS/1622/07, de 5 de junio, y se fijaban unas cuantías a nivel estatal. Tras la aprobación de la Estrategia no se fija un marco estatal sino que el importe de las ayudas queda pendiente de desarrollo por las Comunidades Autónomas. Estas ayudas incluyen: subvención para el establecimiento como autónomo, incorporación como socio de Cooperativa Sociedad laboral y creación de empresas, subvenciones financieras sobre préstamos, ayudas a inversiones, ayudas de asistencia técnica, ayudas para la formación, ayudas al estudio de mercados y análisis de viabilidad.

Aunque la Estrategia no dice nada al respecto, se entiende que se mantiene la bonificación de la cuota de la Seguridad Social al régimen de trabajadores autónomos.

2.1.2 Medidas para la integración de personas con discapacidad en mercados de trabajo protegidos

Las Administraciones Públicas también conceden ayudas con el fin de fomentar la inserción laboral de los trabajadores en mercados de trabajo protegidos.

Los Centros Especiales de Empleo (CEE):

La LISMI recoge en su artículo 42.1 la figura de los Centros Especiales de Empleo, estableciendo éstos como un mecanismo de tránsito hacia el empleo ordinario, aunque aquellos trabajadores que tienen una dificultad para integrarse en el mercado de trabajo ordinario pueden desempeñar su actividad de forma estable en dichos centros. La realidad hoy es que en la mayoría de los casos los Centros Especiales de Empleo no constituyen un elemento de transición al mercado ordinario, sino que son en sí mismos un instrumento de integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral.

El fin social de los Centros Especiales de Empleo no sólo es la incorporación de personas con discapacidad al mundo laboral, sino que también está

presente la preocupación por que estas personas accedan a un empleo de calidad, con posibilidades tanto de desarrollo profesional como personal.

a.1 Incentivos a la generación de empleo indefinido, bien por la contratación indefinida de personas con discapacidad o por la conversión en indefinidos de contratos temporales de fomento del empleo o de los contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos:

Las ayudas irán en función del tipo y grado de discapacidad y del porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla.

Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 33% e inferior al 65%

- Ayuda de 12.020,24 euros cada puesto creado para un trabajador con discapacidad, si estos representan más del 90% de la plantilla.
- Ayuda de 9.015,18 euros por cada puesto de trabajo de carácter estable creado para un trabajador con discapacidad, si estos representan entre el 70% y el 90% de la plantilla.

Personas con discapacidad con especiales dificultades

- Ayuda de 15.000 euros por cada puesto creado para un trabajador con discapacidad, si estos representan más del 90% de la plantilla.
- Ayuda de 12.000 por cada puesto de trabajo de carácter estable creado para un trabajador con discapacidad, si estos representan entre el 70% y el 90% de la plantilla.

A los efectos de determinar el porcentaje de trabajadores con discapacidad, no se computará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social, así como el que preste servicios en aquellas actividades o puestos de trabajo específicos que, por su propia naturaleza o complejidad, no puedan ser desempeñados por personas con discapacidad. Se entenderá por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, cultural y deportiva que procuren al trabajador discapacitado del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y mejor adaptación de su relación personal.

a.2 Ayudas para el mantenimiento de puestos de trabajo en Centros

Especiales de Empleo:

- **Incentivos para costes salariales:** subvención mensual, por cada trabajador con discapacidad, de hasta el 50% del salario mínimo interprofesional. En el caso de contrato de trabajo a tiempo parcial, la subvención experimentará una reducción proporcional a la jornada laboral realizada. Con la Estrategia no se ha prorrogado la ayuda transitoria del 75% en el supuesto de trabajadores con especiales dificultades que ha estado vigente entre 10-7-2009 y 31-12-2011.

- **Subvención para financiar gastos ocasionados como consecuencia de la adaptación de puesto de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas** por una cuantía no superior a 1.803,03 euros por puesto de trabajo, sin que en ningún caso rebase el coste real que, al efecto, se justifique por la referida adaptación o eliminación. Esta subvención no ha variado tras la aprobación de la Estrategia Española de Empleo.

- **Incentivos destinados a equilibrar el presupuesto** de los Centros Especiales de Empleo que tengan la condición de utilidad pública e imprescindibilidad[231]: en la Estrategia Española de Empleo se fija un importe de hasta 1.500 euros por contrato. La novedad es que se fija el importe en la normativa estatal. Estas ayudas no podrán utilizarse para cubrir resultados adversos derivados de una gestión incompetente, a juicio de la Administración competente.

- **Ayudas para las Unidades de Apoyo a la actividad profesional en Centros Especiales de Empleo**. Se entiende por Unidades de Apoyo a la actividad profesional los equipos multiprofesionales, enmarcados dentro de los Servicios de Ajuste Personal y Social de los Centros Especiales de Empleo, que mediante el desarrollo de distintas funciones y cometidos, permiten ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que los trabajadores con discapacidad de dichos centros tienen en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como la permanencia en el mismo.

[231] Incentivos para los CEEs que carezcan de ánimo de lucro y tengan declarada, por la Administración competente para su calificación de inscripción, la condición de utilidad pública e imprescindibilidad en los términos establecidos en el artículo 11 del RD 2273/1985, de 4 de diciembre.

La regulación de las Unidades de Apoyo estaba recogida en el RD 469/2006, de 22 de febrero, RD que ha sido derogado por la Estrategia Española de Empleo.

La subvención se destina a financiar costes laborales y de Seguridad Social derivados de la contratación indefinida o temporal de duración igual o superior a seis meses de los trabajadores de estas unidades de apoyo. La cuantía de la subvención es la prevista en el RD 469/2006, de 21 de abril, y se mantiene en 1.200 euros anuales por cada trabajador con discapacidad que se encuentre entre los destinatarios finales. Esta subvención se reducirá proporcionalmente en función de la duración de los contratos, así como en función de la duración de la jornada en el supuesto de que el contrato sea a tiempo parcial.

a.3 Los Centros Especiales de empleo tienen derecho a las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social por contratar a personas con discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la Ley 43/2006.

2.2. Otras medidas

Además de las medidas de acción positiva anteriormente expuestas, existen otras herramientas que tienen por objetivo la inserción laboral de las personas con discapacidad, tales como la intermediación laboral, los itinerarios formativos y las acciones de sensibilización. No obstante, y como se afirma en el informe de la Fundación Largo Caballero "*en relación a la inserción de las personas con discapacidad existen una serie de perversiones derivadas de los propios mecanismos que se emplean para el proceso de formación, orientación e inserción laboral de los colectivos que no se encuentran en riesgo de exclusión social*"[232].

Los itinerarios formativos en muchos de los casos no están orientados de forma profesional y suponen un cúmulo de cursos con el fin de tener ocupadas a estas personas sin que tengan una finalidad acertada. Por otra parte, los

[232] FUNDACIÓN F. LARGO CABALLERO. op. cit. Pág. 51.

Servicios de Empleo para personas con discapacidad suelen ofrecer estos servicios a las personas que se acercan a estas oficinas –actuando de forma "reactiva"- y no suelen tener estrategias específicamente diseñadas para un colectivo como el de las personas con discapacidad, cuyos niveles bajos de formación y la poca experiencia profesional no se ven favorecidos a través de las estrategias estándar de búsqueda de empleo[233].

3. AJUSTES RAZONABLES EN EL ENTORNO LABORAL

Concepto de ajustes razonables

Además de las medidas de acción positiva, otro mecanismo para facilitar el acceso al empleo de las personas con discapacidad son los ajustes razonables, que vienen estrechamente ligados a los conceptos de "accesibilidad universal" y "diseño para todos"[234], ya que para que las personas con discapacidad puedan disfrutar del ejercicio laboral es necesario que los entornos sean accesibles. Si no es el caso, la persona con discapacidad estará en situación de desigualdad por vulneración de los derechos que posee como persona[235]. Para algunas personas con discapacidad, la igualdad sólo puede hacerse efectiva si se prevén mecanismos de acondicionamiento que permitan a esas personas superar esas barreras, por ejemplo, mediante adaptaciones al lugar, los equipos, o al puesto de trabajo. Cuando la accesibilidad universal y el diseño para todos no son suficientes, se prevé que la protección de las personas con discapacidad venga dada por los ajustes razonables.

Como apuntan ASÍS ROIG Y BARRANCO AVILÉS (2010), la accesibilidad es la situación a la que se aspira, el diseño para todos es una estrategia general para alcanzarla, y los ajustes razonables son una estrategia particular, cuando

---

[233] Ibídem. Pág. 50.

[234] En la Ley 51/ 2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, se define la Accesibilidad Universal como *"la condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como los objetos, herramientas, y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas, en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible" (artículo 2c),* y el diseño para todos como "*la actividad por la que se concibe o se proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, productos, servicios, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible"* (artículo 2d).

[235] PÉREZ BUENO, L.C.: "*La Configuración jurídica de los ajustes razonables".* Pág.3

no ha sido posible prever desde el diseño para todos. Pero los ajustes razonables no operan de forma automática sino que surgen de situaciones personalizadas y se realizan a solicitud de la persona interesada. Ha de partirse de una situación de discriminación y ésta permite a la persona con discapacidad realizar una demanda para que se restablezca el principio de igualdad de hecho en el caso concreto. No obstante, existe la posibilidad de denegar la necesidad de ajuste de forma justificada si los tribunales consideran que supone una obligación excesiva o una carga desproporcionada para el empresario.

Tal y como afirma PALACIOS (2005), la obligación de realizar ajustes sólo surge si determinadas decisiones sobre el empleo o características físicas en cuestión colocan a la persona con discapacidad en situación de desventaja sustancial en comparación con otras personas sin discapacidad. Por lo tanto, la obligación de realizar ajustes es una obligación individualizada, que sólo surge cuando la persona con discapacidad implicada sufre una desventaja comparativa. El término sustancial indica que las desventajas menores o triviales no generan la obligación de realizar ajustes. Esto será una cuestión a determinar en cada caso concreto.

¿Qué se considera razonable?

La ambigüedad del concepto “ajuste razonable” del puesto de trabajo plantea problemas a la hora de que una persona con discapacidad exija la adaptación del mismo, puesto que lo que puede ser “razonable” para una persona y para un caso concreto, puede no serlo para otra[236]. Así, los ajustes tienen su propia limitación en su naturaleza, ya que pueden ser denegados de forma justificada si se considera que supone una carga desmesurada para el empresario. Esto significa que aunque haya personas con discapacidad que requieran ciertas adaptaciones para acceder a un puesto de trabajo, estas no serán necesariamente jurídicamente obligatorias, ya que sólo lo serán aquellas adaptaciones que no sean desproporcionadas para el empresario.

[236] Fundación F. Largo Caballero. op. cit. Pág. 55.

Uno de los criterios más aceptados a la hora de fijar qué es razonable es el criterio puramente económico. El criterio coste-beneficio debería tener en cuenta el volumen de negocio de la empresa en cuestión y, entre otros, los beneficios que el trabajador aporta para el empresario, como las deducciones en la cuota para la Seguridad Social y bonificaciones directas, así como los beneficios derivados de su propia actividad productiva en la empresa[237]. En numerosas ocasiones el coste de la adaptación al puesto de trabajo puede ser bastante reducido, no llegando a superar las ayudas por adaptación del puesto de trabajo (suponiendo por ejemplo una reordenación del mobiliario, y de elementos espaciales u organizativos)[238]. A pesar de esto, según RODRÍGUEZ CABRERO, GARCÍA SERRANO y TOHARIA[239] "*la poca información disponible nos dice, por un lado, que algunas empresas no contratan trabajadores con discapacidad porque consideran que la adaptación de los puestos de trabajo es costosa (lo cual puede interpretarse como que no conocen la existencia de ayudas para tales adaptaciones o que consideran estas ayudas insuficientes), y, por otro lado, que una proporción muy pequeña de las empresas que han contratado a personas con discapacidad han adaptado el puesto de trabajo. Esto lleva a sugerir que sería necesario incrementar las campañas informativas a las empresas para que conozcan el tipo de ayudas que existen en relación con las personas con discapacidad y su cuantía".*

La ambigüedad de la obligación de realizar los ajustes hace que los pronunciamientos judiciales tengan especial importancia puesto que las resoluciones judiciales que se vayan produciendo irán facilitando la aplicación de estas medidas y la delimitación de las mismas. Así es como opera esta figura en los ordenamientos jurídicos anglosajones, donde el sistema de antecedentes va creando jurisprudencia que contribuye al desarrollo de esta figura. Cabe destacar el caso de Estados Unidos, con la American Disabilities Act (1995), o el caso de Canadá, donde los jueces sin una base legal explícita,

---

[237] Ibídem Pág. 57.

[238] Lecciones aprendidas de la experiencia "ErgoWork" del Instituto de Biomecánica de Valencia. Fundación F. Largo Caballero. op.cit. Pág. 59.

[239] RODRÍGUEZ CABRERO, Gregorio, GARCÍA SERRANO, Carlos, TOHARIA, Luis. *" Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral".* Primera edición. Madrid: Ediciones CINCA/CERMI, 2009. Págs. 71.

han creado un sistema de protección de la vulneración de derechos fundamentales a través de la jurisprudencia, de forma que hoy día ya está arraigada la cultura de ajustes razonables en la sociedad canadiense[240].
En España la figura de los ajustes razonables es mucho más reciente, por lo que habrá que esperar a tener más resoluciones judiciales que ayuden a delimitar y desarrollar esta figura.

Coincido con Luis Cayo cuando afirma que a pesar de que por la propia naturaleza de la medida los ajustes requerirán adaptaciones a cada situación concreta en la que operen, sería conveniente el desarrollo reglamentario de esta figura *"...que produzca un cuerpo regulador más cierto y preciso con objeto de ofrecer mayores cotas de seguridad y criterios de aplicación más orientadores a las propias personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos y a los operadores de todas clases que tengan conexión con los ajustes razonables"*[241].

Normativa

La regulación Europea de los ajustes razonables está recogida en la **Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.** En el artículo 5 de dicha Directiva se fija la obligación para los empresarios de realizar aquellos ajustes que sean necesarios para que las personas con discapacidad puedan acceder al empleo, pero con el límite de que no supongan una carga excesiva para los mismos[242].

---

[240] BORGES BLÁZQUEZ, Lola. "Derechos e Integración: el Acomodo Razonable como Instrumento para la Igualdad Material", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* nº 23, 2011, pp. 47-73. Según BORGES, el acomodo razonable es un instrumento jurídico de origen jurisprudencial que, partiendo de una situación de discriminación prohibida por las Cartas de derechos, permite realizar una demanda de acción u omisión que restablezca la igualdad de hecho en el caso concreto

[241] CAYO PÉREZ BUENO, Luis, op. cit. Pág. 21.

[242] Artículo 5 Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación: *"A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa, que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".*

Esta Directiva Europea fue transpuesta al ordenamiento español a través de la **Ley 62/2003, de 30 de diciembre**, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; que en relación con los ajustes razonables para personas con discapacidad modificó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. En el apartado 1 del artículo 37 bis se establece que la adopción de medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad no entra en conflicto con el principio de igualdad de trato. Con esta mención quedan justificadas la discriminación positiva y las medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad.
En el apartado 2 se fija la obligación de los empresarios de adaptar el 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 formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.
En su tercer apartado se fijan los criterios para determinar si una carga es excesiva: si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad; los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen; y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.

En **la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad** (LIONDAU) ya se recogía en el artículo 7 el concepto de ajustes razonables con carácter genérico, más allá del empleo.
Esta figura se ha visto reforzada al regularse con posterioridad a nivel internacional en la **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**[243]. Al igual que la LIONDAU, la Convención también se refiere a los ajustes razonables no sólo en el marco del empleo, sino con carácter genérico, como mecanismo para garantizar todos los

[243] Artículo 2 de la Convención: *"Por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condicione con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".*

derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Según lo establecido en la Convención, la denegación de realizar ajustes razonables supone una forma de discriminación por razón de discapacidad, lo cual refuerza la figura de los ajustes razonables. No obstante, la definición no aporta luz sobre qué se considera "razonable", ya que se limita a fijar como límite el *"que no impongan una carga desproporcionada o indebida"* . Esta Convención, firmada y ratificada por España, entró en vigor el 3 de mayo de 2008, y por lo tanto lo establecido en la misma es vinculante y se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico.

Ayudas técnicas

Al exponer las medidas de acción positiva se mencionó que existen medidas de apoyo para la adaptación de los puestos de trabajo y eliminación de ayudas arquitectónicas. Se trata de una ayuda que se concede por una sola vez y no tantas veces como sea necesario adaptar el puesto de trabajo, ayuda que en la Estrategia Española de Empleo 2012-2014 se ha incrementado hasta 1.800 euros por persona con discapacidad. Tal y como se afirma en el Informe Fundación F. Largo Caballero, el hecho de que se conceda esta ayuda directa por trabajador no quiere decir que ésta sea la cantidad razonable límite[244].

Medidas que se pueden adoptar en las empresas

A continuación se mencionan ejemplos de buenas prácticas que facilitan a las personas con discapacidad el acceso a los puestos de trabajo.

- Acciones de ergonomía: se adaptan los puestos de trabajo a las características de cada persona (amplificadores para las personas con mayores dificultades de audición, sillas ergonómicas, soportes lumbares, pantallas de visualización regulables en altura…).

- **Flexibilidad temporal y espacial:** hay empresas que apuestan por el tele-trabajo para personas con discapacidad con problemas severos de movilidad. Aquellos trabajadores con discapacidad cuyos puestos de trabajo sean susceptibles de ser desarrollados desde sus domicilios particulares pueden acogerse en ocasiones a la modalidad de tele-trabajo (total o parcial) mientras se mantengan las circunstancias óptimas para ello. Otro ejemplo son los

[244] FUNDACIÓN F. Largo Caballero. op. cit Pág. 57.

horarios flexibles, que permiten a las personas que tienen mayores problemas de movilidad una mayor flexibilidad a la hora de fijar sus desplazamientos, por ejemplo evitando horas punta del día para poder disponer de mayor comodidad y de asiento en medios de transporte o para su transporte por terceras personas.

4. ESTRATEGIA ESPAÑOLA DE EMPLEO 2012-2014

El 28 de octubre de 2011 el Consejo de Ministros aprobó la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, como marco normativo para la coordinación y ejecución de las políticas activas de empleo en el conjunto del Estado, según establecen el artículo 3.1 y 4 bis de la Ley de Empleo 56/2003. La Estrategia persigue conseguir un objetivo central que es fomentar el empleo de la población activa y aumentar la participación de hombres y mujeres en el mercado de trabajo, mejorando la productividad y la calidad en el empleo en un mercado de trabajo sostenible basado en la igualdad de oportunidades, la cohesión social y territorial[245].

Esta iniciativa estaba prevista en la reforma de las Políticas Activas de Empleo, Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, que modificó la Ley de Empleo y está enmarcada dentro de los objetivos de la Estrategia Europea 2020 y del Programa Nacional de Reformas.

Es importante destacar que en la Estrategia se fija un marco más descentralizado, en el que las Comunidades Autónomas tienen un papel mucho más activo, pero siempre bajo un marco común a nivel estatal. Las Comunidades Autónomas y el Servicio Público de Empleo Estatal, en sus

[245] Este objetivo se concreta en los siguientes:
• Elevar la participación en el mercado de trabajo y reducir el desempleo, con la consecución de una tasa de empleo del 74% para la población de entre 20 a 64 años en el horizonte 2020, y del 68,5% para el empleo femenino.
• Reducir la temporalidad y la segmentación del mercado de trabajo.
• Reforzar el trabajo a tiempo parcial y la flexibilidad interna de las empresas.
• Mejorar y adecuar las competencias profesionales a las necesidades del mercado.
• Promover una rápida y adecuada reinserción de las personas en el mercado de trabajo.
• Promover la igualdad de género en el mercado laboral.

respectivos ámbitos, diseñarán y desarrollarán las acciones y medidas con contenidos comunes, que serán de aplicación en el conjunto del Estado.

A las Comunidades Autónomas les corresponde desarrollar las reglas para su gestión, siempre respetando el marco común. En las Comunidades Autónomas en las que no se realice un desarrollo reglamentario de las disposiciones que queden derogadas por la Estrategia en materia de personas con discapacidad, siguiendo lo solicitado por el CERMI, éstas permanecerán en vigor. Así se garantizará que las ayudas y subvenciones vigentes se seguirán aplicando.

Principios

La Estrategia Española de Empleo queda configurada como instrumento de coordinación del Sistema Nacional de Empleo en el ámbito de las políticas activas de empleo. Los principios que a continuación se enumeran son el núcleo central de la Estrategia y definen las características fundamentales de los planes de acción que deberán desarrollar los Servicios Públicos de Empleo en material de Políticas Activas:

-Establecimiento de un modelo de servicios y tratamiento personalizado.

-Mayor relación entre las Políticas Activas de Empleo y las políticas de prestación frente al desempleo.

- La apertura a la colaboración público-privada.

-Garantía de calidad en los servicios, con evaluación de todas las políticas y la adopción de medidas correctoras.

Colectivos prioritarios

La Estrategia considera como colectivos prioritarios las personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, especialmente jóvenes, con particular atención a aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería, u otros que se puedan determinar, en el marco del Sistema Nacional de Empleo. Por tanto, las personas con discapacidad seguirán siendo uno de los colectivos prioritarios de las políticas de empleo en nuestro país.

En la Estrategia se asume, con carácter general, una definición amplia de

persona con discapacidad, hecho que ha sido bien recibido desde el movimiento asociativo. También es positivo el hecho de que se vean reforzadas las ayudas para las personas con discapacidad con especiales dificultades, mejora que fue reclamada al Gobierno desde el CERMI.

Ámbitos de actuación

Las políticas activas de empleo están ordenadas en la Estrategia en diez ámbitos de actuación, recogidos en el artículo 25 de la Ley de Empleo: orientación profesional; formación y recualificación; oportunidades de empleo y fomento de la contratación; oportunidades de empleo y formación; fomento de la igualdad de oportunidades en el empleo; oportunidades para colectivos con especiales dificultades; autoempleo y creación de empresas; promoción del desarrollo y la actividad económica territorial; fomento de la movilidad, y proyectos integrados.

Medidas

En el ámbito de "oportunidades para colectivos con especiales dificultades" se fijan acciones y medidas de inserción laboral para aquellos colectivos que presentan mayor dificultad para el acceso y la permanencia en el empleo. Las personas con discapacidad están incluidas en este colectivo y con ello el Gobierno quiere garantizar la igualdad de oportunidades para la personas con discapacidad en el acceso y permanencia en el empleo.

Estas acciones, que fomentan tanto la contratación en el empleo ordinario como en el empleo protegido a través de los Centros Especiales de Empleo, ya se han recogido en el apartado que hace referencia a las medidas de acción positiva, indicándose cuáles de ellas han sido introducidas o modificadas por la Estrategia.

Bibliografía

ASÍS ROIG, R. y BARRANCO AVILÉS, M.C.: *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*. Primera Edición. Madrid: CERMI/Ediciones CINCA, 2010.

BORGES BLÁZQUEZ, L.: "*Derechos e Integración: el Acomodo Razonable como Instrumento para la Igualdad Material*", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* nº 23, 2011.

CABRA DE LUNA, M.Á.: *Personas con discapacidad: empleo y accesibilidad por etapas para las personas con discapacidad en la UE. Estrategia de Lisboa posterior a 2010.* Conclusiones y recomendaciones número 4.2. Bruselas: Comité Económico y Social Europeo, 2010.

-*Nota sobre la Estrategia Española de Empleo 2012-2014: Aspectos Relativos a las Personas con Discapacidad*. Madrid: CERMI, 2011.

PÉREZ BUENO, L.C "*La Configuración Jurídica de los Ajustes Razonables".* Madrid: CERMI, 2011.

FUNDACIÓN F. LARGO CABALLERO. *Ajustes razonables del puesto de trabajo para personas con discapacidad – Estudio de fuentes secundarias*. Madrid: 2008.

PALACIOS, A.: *"El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*", en Campoy Cervera, I. (Ed.) (2005): *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, 2005.

RODRÍGUEZ CABRERO, G., GARCÍA SERRANO, C., TOHARIA, L.: *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral.* Primera edición. Madrid: Ediciones CINCA/CERMI, 2009.

INSUFICIENCIAS DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Inés de Araoz

Asesora Jurídica de la Confederación Española de Organizaciones a favor de las Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS)
inessedice@gmail.com

Índice

1. Introducción

2. Concepto de educación inclusiva

3. Concepto de discriminación

4. Elementos de la legislación interna española susceptibles de suponer una distinción o restricción que obstaculice el derecho al reconocimiento o ejercicio del derecho a la educación inclusiva

5. Aportaciones desde la perspectiva jurisdiccional

6. Aspectos de la regulación del derecho a la educación inclusiva susceptibles de mejora

Bibliografía

1. Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad analizar de forma breve las insuficiencias de la regulación española a la hora de satisfacer el derecho a la educación inclusiva en España.

Se ha considerado pertinente en primer lugar aclarar cuáles son los principales conceptos como por ejemplo qué se puede entender por educación inclusiva y, por supuesto, por no discriminación.

Así, posteriormente se abordan cuales son las previsiones de la normativa española susceptibles de ser consideradas lesivas del derecho a la educación inclusiva.

2. Concepto de educación inclusiva

La Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad establece en su artículo 24 que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Asimismo, con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida.

Este artículo utiliza el término "*educación inclusiva*" pero su concepto no aparece definido en su articulado lo cual, en cierta medida debilita el contenido del derecho ya que se deberá recurrir a definiciones ajenas al texto de la Convención para determinar qué significa inclusión en el ámbito educativo ya que es indispensable a la hora de precisar si esta existe o no.

Por suerte, existe abundante bibliografía y documentación de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), concretamente el documento "*Directrices sobre políticas de inclusión en la educación*" (2009) en su apartado 1.2.1 define lo que es educación inclusiva.

«La educación inclusiva es un proceso de fortalecimiento de la capacidad del sistema educativo para llegar a todos los educandos; por lo tanto, puede entenderse como una estrategia clave para alcanzar la EPT[246]. Como principio general, debería orientar todas las políticas y prácticas educativas, partiendo del hecho de que la educación es un derecho humano básico y el fundamento de una sociedad más justa e igualitaria.»

«Sólo puede establecerse un sistema educativo "inclusivo" si las escuelas ordinarias se vuelven más inclusivas, esto es, si logran educar mejor a todos los niños en sus comunidades. En la Conferencia se afirmó que "las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo".»

«La inclusión se ve pues como un proceso que permite tener debidamente en cuenta la diversidad de las necesidades de todos los niños, jóvenes y adultos a través de una mayor participación en el aprendizaje, las actividades culturales y comunitarias, así como reducir la exclusión de la esfera de la enseñanza y dentro de ésta, y en último término acabar con ella. Entraña cambios y modificaciones de contenidos, enfoques, estructuras y estrategias basados en una visión común que abarca a todos los niños en edad escolar y la convicción de que corresponde al sistema educativo ordinario educar a todos los niños y niñas.

Existen varias razones de que así sea. En primer lugar, hay una *razón educativa*: la exigencia de que las escuelas inclusivas eduquen a todos los niños juntos conlleva que éstas tengan que concebir maneras de enseñar que respondan a las diferencias individuales y que, por consiguiente, sean

[246] Educación para todos.

beneficiosas para todos los niños. En segundo lugar, existe una *razón social*: las escuelas inclusivas pueden cambiar las mentalidades respecto de la diversidad, al educar a todos los niños juntos, y sentar así las bases de una sociedad justa y no discriminatoria. En tercer lugar, hay una r*azón económica:* es menos costoso establecer y mantener escuelas en las que se enseña a todos los niños juntos que establecer un complejo sistema de distintos tipos de escuelas que se especialicen en diferentes grupos de niños.»

2. Concepto de discriminación

Una vez que se ha realizado una aproximación del concepto de *educación inclusiva* es preciso conocer qué se entiende por "*discriminación por motivos de discapacidad*" ya que es la otra piedra angular que permite el ejercicio real y efectivo del derecho. Su definición sí se establece en el artículo 2 de la propia Convención que establece que será «cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por "*ajustes razonables*" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.»

Como se puede ver, la definición de la Convención establece que para que exista discriminación basta con que exista una distinción o restricción que tenga como efecto obstaculizar el goce o ejercicio del derecho. Es decir, no es preciso que exista intencionalidad basta con demostrar que se existe una distinción o restricción y que como consecuencia se obstaculice el reconocimiento, goce o ejercicio del derecho.

3. Elementos de la legislación interna española susceptibles de suponer una distinción o restricción que obstaculice el derecho al reconocimiento o ejercicio del derecho a la educación inclusiva

Establecidos los puntales de lo que es o no es educación inclusiva y discriminación por razón de discapacidad, a modo de aproximación general se puede establecer que para que exista igualdad de oportunidades resultará necesaria la existencia en la práctica de los recursos descritos en el artículo 72[247] de la Ley Orgánica 2/2006, de educación (LOE, en adelante) para atender al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, entre el cual se encuentra el alumnado con necesidades educativas especiales.

Este artículo alude a que las Administraciones Educativas tienen obligación de disponer de los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional. Y para el cumplimiento de dicha obligación deberá:

- Disponer del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención del alumnado con necesidades educativas especiales. Asimismo, se establece que las administraciones promoverán la formación del profesorado y de otros profesionales

[247] Artículo 72. Recursos.
1. Para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior, las Administraciones educativas dispondrán del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado.
2. Corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado. Los criterios para determinar estas dotaciones serán los mismos para los centros públicos y privados concertados.
3. Los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos.
4. Las Administraciones educativas promoverán la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.
5. Las Administraciones educativas podrán colaborar con otras Administraciones o entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, instituciones o asociaciones, para facilitar la escolarización y una mejor incorporación de este alumnado al centro educativo.

relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

- Los centros deberán contar con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para todo el alumnado.

Resulta evidente en base a lo ya expuesto, que la falta, escasez o inadecuada provisión de los recursos precisos para el alumnado con necesidades educativas especiales tendrá el *efecto* de *obstaculizar el goce y ejercicio de un derecho fundamental*, como es el derecho a la educación, que debe ser inclusiva, de los niños con discapacidad, razón por la que supondría una discriminación.

Siguiendo con el articulado de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de educación, el artículo 3 establece las enseñanzas del sistema educativo y prevé en su apartado 8 que las enseñanzas se adaptarán al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo y que dicha adaptación garantizará el acceso, la permanencia y la progresión de este alumnado en el sistema educativo.

También hay que hacer referencia al artículo 74.1 que regula la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales, entendiéndose por alumnado con necesidades educativas especiales aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta.[248]

Este artículo establece que la escolarización de este alumnado «se regirá por los principios de *normalización* e *inclusión* y asegurará su *no discriminación* y la *igualdad efectiva en el acceso y permanencia* en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este

[248] Artículo 73 LOE.

alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios».

Tanto este artículo como la Ley en su artículo 1.b[249], únicamente se refieren a la inclusión como principio informador o inspirador del Sistema Educativo, lo cual ha llevado a que algunos sectores consideren la no existencia de un derecho a la educación inclusiva como tal.

Sin embargo, el artículo 2 de la LOE establece los fines del sistema educativo, entre los que se encuentra «la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad.»

Además, la propia Convención, que forma parte de nuestra ordenación interna y además es un instrumento para la interpretación de la LOE, establece que para que el derecho a la educación de las personas con discapacidad se haga efectivo sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, deberá asegurarse un sistema de educación inclusivo a todos los niveles. Ello supone el reconocimiento de que la inclusión forma parte esencial del derecho fundamental a una educación sin discriminación de las personas con discapacidad.

Si se avanza un poco más en el texto del artículo, también establece que es obligación de las administraciones garantizar la no discriminación e igualdad efectiva en el acceso y permanencia en el sistema educativo pero, como veremos, la realidad normativa es otra.

---

[249] Artículo 1. Principios.
El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira en los siguientes principios:
b. La equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad.

Con respecto al *acceso*, difícilmente se puede considerar que se realice en igualdad efectiva de condiciones por varias razones:

En primer lugar, el actual sistema educativo español impide el *acceso* del alumnado en condiciones de igualdad porque existen diferencias tanto a la hora de sustanciarse el proceso de escolarización como a la hora de realizarse el acceso efectivo al centro escolar.

En relación al proceso de escolarización, el artículo 84 de la LOE establece con carácter general que la regulación de la admisión en los centros es competencia de las administraciones educativas y que debe garantizar el derecho a la educación, que el acceso debe realizarse en condiciones de igualdad y que se debe respetar la libertad de elección de centro de padres y tutores. Asimismo, establece que en todo caso se debe atender a una adecuada y equilibrada distribución del alumnado entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Este artículo resulta aplicable a todos los niños ya que no existe ninguna exclusión relacionada con niños con necesidades educativas (lo cual resultaría claramente discriminatorio) pero en la práctica la realidad no es así.

El acceso no se puede considerar que se realice en condiciones de igualdad debido a que su escolarización se realiza a través de un procedimiento separado que incluye una evaluación psicopedagógica, un dictamen de escolarización, un informe de la inspección educativa y finalmente, una resolución de escolarización. Este proceso determinará qué modalidad de escolarización corresponderá al niño (ordinaria o especial) y a qué tipo de centro escolar deberá acudir (ordinario o especial).

La determinación de la modalidad de escolarización y el tipo de centro al que deberá acudir se realiza en función de las características personales del alumno, pero también en función de factores de otro tipo como pueden ser la existencia de plazas en los centros y, por tanto, que existan suficientes centros

que dispongan de medidas adecuadas de atención a la diversidad en su proyecto educativo.

La previsión de una adecuada y equilibrada distribución del alumnado redunda positivamente en el logro de la inclusión del alumnado con necesidades educativas especiales ya que debe impedir la excesiva concentración del alumnado.

De igual forma, cuantos más centros existan que escolaricen a alumnado con necesidades educativas especiales, más cerca se estará de lograr que exista una verdadera libertad de elección de centro de sus padres o tutores. A día de hoy muchas veces esa libertad de elección no existe en la realidad ya que el dictamen de escolarización determina a qué centro concreto debe acudir el alumno debida a la escasez crónica de plazas adecuadas.

Por el contrario, no favorece la inclusión ni la distribución equilibrada del alumnado el artículo 112 de la LOE que permite la posibilidad de que existan centros que escolaricen alumnado con necesidad de apoyo educativo en mayor proporción a la establecida con carácter general o para la zona en la que se ubiquen.

Siguiendo con el proceso de escolarización, este no aparece regulado en la Ley Orgánica con lo que aparentemente se podría considerar que no forma parte del contenido esencial del derecho pero lo cierto es que a través de dicho proceso se emite un dictamen y una resolución de escolarización que pueden suponer que el alumno se escolarice separadamente del resto del alumnado.

Dicha separación viene amparada por el propio artículo 74 de la LOE más arriba reproducido y que establece que la escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

Esta separación del alumnado se realiza en función de criterios subjetivos, ya que son las personas que realizan el informe psicopedagógico y el dictamen de escolarización quienes deciden si las necesidades del alumno pueden ser o no atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Por esta razón, resulta dudoso que resulte conforme al principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, así como del propio texto de la Convención.

Además, en relación a esta previsión se añade otro factor: las medidas de atención a la diversidad dependen en parte de la Administración Autonómica, pero sobre todo de los proyectos educativos de los centros educativos que de conformidad con el artículo 121 de la LOE recogerán la forma de atención a la diversidad del alumnado.

Si se acude a los datos procedentes del Ministerio de educación, referida a las Estadísticas de las enseñanzas no universitarias del curso 2009-2010 se constata que del total de 141.605 alumnos con necesidades educativas especiales, 110.962 alumnos estaban escolarizados en centros ordinarios (78,36%) y 30.643 alumnos en centros o unidades de educación especial (21,64%).

Además, con respecto al alumnado escolarizado en la modalidad especial, el 84% de este alumnado se encuentra escolarizado en centros de educación especial y no en unidades de educación especial en centros ordinarios.

Igual de importante que un acceso al sistema en igualdad de condiciones es el aseguramiento de la permanencia y progresión del alumnado con necesidades educativas en el Sistema Educativo cuyo logro incumbe a las Administraciones Educativas[250]. Esta cuestión resulta de enorme repercusión en relación al desarrollo personal y capacitación profesional del alumnado, a sus

[250] Artículo 3.8 LOE

oportunidades de formación y acceso al entorno laboral, y por tanto a una vida lo más satisfactoria, independiente y normalizada. [251]

Un posible indicador a la hora de valorar si esta permanencia y progresión del alumnado se produce en la práctica, lo podemos encontrar en la información estadística del Ministerio a la que se ha aludido anteriormente.

Alumnos con necesidades educativas especiales integrado, por enseñanza[252]							
	Educación Infantil	Educación Primaria	Educación Secundaria Obligatoria	Bachillerato	Ciclo Formativo FP	Programa Cualificación Profesional Inicial	Programa Cualificación Profesional E. Especial
2008-2009	13.361	53.449	34.819	860	1.208	1.782	2.519
2009-2010	14.493	54.080	35.198	982	1.451	2.301	2.457

De los datos se desprende que:

- Únicamente el 65% del alumnado con necesidades educativas especiales que comienza Educación Primaria continúa la Educación Secundaria Obligatoria. Casi 19.000 alumnos/as no acceden a esta etapa educativa, y por tanto tampoco lo hacen a otras enseñanzas, como a los Programas de Cualificación Profesional Inicial.
- Sólo el 1,81% de los alumnos que comienzan Educación Primaria continuarán escolarizados en enseñanzas de Régimen General al llegar al Bachillerato.
- Únicamente un 2,8% de los que cursan la Educación Secundaria Obligatoria cursan Bachillerato.
- Los datos acumulados sobre alumnos/as que cursan Ciclos Formativos de Formación Profesional, o Programas de Cualificación Profesional (Inicial o

[251] ALONSO PARREÑO, Mª José y DE ARAOZ, Inés. El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española, octubre 2011.
[252] Información extraída de la estadística del Ministerio de Educación.

de Educación Especial) suponen una ínfima parte del número total de alumnos con necesidades educativas especiales escolarizados en ESO, por lo que la mayoría de ellos tampoco accede a estas opciones de enseñanza[253].

Estos datos hacen dudar que en la práctica se esté garantizando la permanencia y progresión del alumnado con necesidades educativas especiales.

¿Cuáles pueden ser motivos provenientes de posibles insuficiencias normativas?

Un posible motivo que pueden provocar esta falta de permanencia y progresión ya ha sido apuntado: podría tener que ver con la falta de adecuados proyectos educativos de los centros.

El proyecto educativo aplicado al alumnado con necesidades educativas especiales incluye la forma de organización del centro tanto en espacios lectivos como no lectivos. Ello implica que todo el claustro debe asumir la responsabilidad de la inclusión del alumnado que acuda a las aulas, especialmente el equipo de orientación junto con el tutor del aula y los profesionales especialmente cualificados.

En el proyecto educativo del centro también resulta importante la sensibilización e información al resto de los compañeros sobre la presencia y características del alumnado con necesidades educativas especiales y así lograr su implicación en el proyecto inclusivo. En ocasiones, las barreras actitudinales por sí solas ponen en peligro la inclusión plena de los alumnos.

Otro factor relacionado con el anterior y que depende tanto de la administración, como de los centros, como de los propios profesionales es la

[253] ALONSO PARREÑO, Mª José y DE ARAOZ, Inés. El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española, octubre 2011. Pág. 130.

existencia o carencia de profesorado adecuadamente cualificado y en la proporción adecuada.

Esta exigencia de cualificación no afecta únicamente a los especialistas sino que es preciso que todo el profesorado (e incluso el personal del centro) reciba formación tanto inicial como permanente sobre atención a la diversidad y concretamente sobre atención al alumnado con necesidades educativas especiales.

A este respecto la legislación educativa española no lo asegura de forma suficiente ni en el artículo 72.4 de la LOE que establece que las Administraciones educativas *promoverán* la formación del profesorado, ni por el artículo 100 LOE que establece que el contenido de la formación inicial debe garantizar una adecuada capacitación para afrontar los retos del sistema educativo y adaptar las enseñanzas a las nuevas necesidades formativas. Promover no es lo mismo que asegurar o garantizar.

La normativa sectorial además establece que los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de profesión de Maestro, tanto en infantil como en primaria, como en secundaria, deberán asegurar que los estudiantes adquieran competencias que les permitan diseñar y regular espacios de aprendizaje en contextos de diversidad que atiendan a las singulares necesidades educativas de los estudiantes, al a igualdad de género, a la equidad y al respeto de los derechos humanos. [254]

En relación a la formación permanente del profesorado, el artículo 112 de la LOE establece que es una obligación del profesorado y que los programas de

[254] Orden ECI/3854/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Maestro en Educación Infantil.
Orden ECI/3857/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de la profesión de Maestro en Educación Primaria.
Orden ECI/3858/2007, de 27 de diciembre, por la que se establecen los requisitos para la verificación de los títulos universitarios oficiales que habiliten para el ejercicio de las profesiones de Profesor de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, Formación Profesional y Enseñanzas de Idiomas.

formación deberán contemplar la adecuación de los conocimientos y métodos a la evolución de las ciencias y de las didácticas específicas así como aspectos de atención educativa a la diversidad y organización encaminados a mejorar la calidad de la enseñanza y el funcionamiento de los centros.

Así pues, nos encontramos con previsiones adecuadas pero en exceso genéricas que no llegan a concretarse lo suficientemente a la hora de garantizar de forma efectiva una formación adecuada del profesorado. Así, en relación a la formación inicial los Planes de Estudios no logran que los alumnos adquieran suficientes conocimientos que permitan atender a cualquier tipo de alumnos.

En relación a la formación permanente es competencia autonómica y no existen mecanismos de aseguramiento que supongan que en la práctica la formación permanente del profesorado resulte coherente con el trabajo diario de los profesores en las aulas.

Resulta indudable que la existencia de suficientes centros con proyectos educativos que contemplen adecuadas medidas de atención a la diversidad y que cuenten con profesorado adecuadamente preparado supone un elemento esencial a la hora de lograr una educación verdaderamente inclusiva.

Por el contrario la falta de estos elementos provoca en ocasiones que los centros no deseen escolarizar a este tipo de alumnado y que el profesorado lo perciba como una carga añadida.

Desde la perspectiva que se está examinando, la no discriminación, sería posible concluir que la no existencia o no aseguramiento de estos elementos, repercuten sobre el derecho a la educación inclusiva debido a que obstaculizan o llegan a impedir su ejercicio efectivo. De igual forma que la falta de formación del profesorado supone también una discriminación debido a que no podrá existir una verdadera igualdad de oportunidades del alumnado si para impartir clase a parte del alumnado sí se dispone de la suficiente formación pero no para impartírsela a otros.

5. Aportaciones desde la perspectiva jurisdiccional

Con respecto a la igualdad de oportunidades y, por tanto, a la no discriminación en el ámbito educativo resulta de gran interés la Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 que establece que:

«Por lo que hace a la igualdad, dice el Ministerio Fiscal que no tiene aquí una dimensión autónoma sino que guarda una íntima conexión con la efectividad del derecho a la educación. Así es desde el momento en que la educación que se imparte a los niños debe adecuarse a las circunstancias en que se encuentran de manera que los responsables de la misma habrán de tenerlas en cuenta para que sirva realmente al pleno desarrollo de la personalidad humana.»

«Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos deban trasladarse sin más a presupuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una situación de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección a los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una

igualdad efectiva en la educación y exigen a las administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad. En cambio, no es coherente con tales premisas el enfoque adoptado por la sentencia ya que, al confirmar la corrección de la actuación administrativa, da por buena una situación que ella misma reconoce que no era adecuada en el comienzo de curso 2006-2007 y, después solamente satisface lo mínimo (tamaño del aula, personal) y, al desviar a un juicio de legalidad la decisión sobre si se cumplían o no los requisitos legalmente establecidos para este tipo de educación especial, desconoce que su infracción puede ser relevante desde el punto de vista constitucional.

Y, si no se respeta la ratio, extremo reconocido en el informe del Inspector de Educación, faltan la programación y los protocolos de actuación, rota el personal, no se asegura su cualificación y se reúne a niños que, por sus edades, deberían estar separados, aunque el aula no sea ya pequeña y el personal sea el mínimo exigible, no sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran. En consecuencia, el motivo debe ser estimado y la sentencia anulada.»

Así, la Sentencia reconoce que en el supuesto de alumnado con necesidades educativas especiales existe una situación de desigualdad inicial que exige que para que el derecho a la educación, contemplado como derecho fundamental y por tanto referido a su contenido esencial, cumpla con su objeto fundamental de lograr el desarrollo pleno de la personalidad humana en condiciones de igualdad con el resto del alumnado, es preciso que se tengan en cuenta factores tales como una adecuada programación y protocolos de actuación, una ratio adecuada de profesionales, formación cualificada y estabilidad del personal, etc.

6. Aspectos de la regulación del derecho a la educación inclusiva susceptibles de mejora

En este apartado se pretenden enumerar de forma sintética, y no exhaustiva, cuáles son algunos de los elementos que sería preciso eliminar, modificar o perfeccionar para avanzar de forma significativa hacia el objetivo de lograr una educación inclusiva de calidad para todo el alumnado sin discriminación y en igualdad de oportunidades.

Por otro lado, no hay que perder de vista que aunque es imperativo impulsar decididamente el proceso hacia este objetivo, no es menos cierto que es preciso realizarlo de forma progresiva y basada en las buena prácticas existentes.

Asimismo, una mejora normativa permitirá mejorar las probabilidades de lograr un sistema educativo verdaderamente inclusivo pero no se puede pretender que se logre únicamente con la misma. Para asegurar su éxito es preciso que se conjuguen otros factores como la voluntad e impulso de las administraciones, de la comunidad educativa, del movimiento asociativo y de la sociedad en todo su conjunto.

Algunos ejemplos de previsiones normativas mejorables podrían ser:

- Formulación de previsiones que garanticen que todos los alumnos con discapacidad tengan derecho a acudir a centros escolares ordinarios con independencia de sus características personales. Para ello, los centros deberán contar con la adecuada organización y recursos.

Para lograr este objetivo resultaría precisa la revisión tanto del artículo 74.1 como del procedimiento de escolarización. El artículo 74 porque establece un límite a la escolarización del alumnado en un elemento indeterminado como son las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios ya examinadas.

Por esta razón resultaría de enorme importancia abordar un proceso de reflexión que permita encontrar fórmulas que permitan “asegurar” la existencia

de suficientes centros ordinarios cuyas medidas permitan atender al alumnado adecuadamente. Actualmente, existe la obligación en las Comunidades Autónomas de reservar cierto número de plazas a alumnado con necesidades especiales pero en muchos centros no se llegan a cubrir.

Una medida conveniente podría ser establecer otro tipo de previsiones legales que aseguren la realización de estudios acerca de cuáles son los motivos de que esas plazas no se cubran y se establezcan procesos de mejora progresiva de los proyectos educativos de los centros de tal forma que cada vez existan más centros cuyas medidas de atención a la diversidad permitan escolarizar con éxito a este alumnado. Para ello resultaría inestimable la colaboración entre los centros de educación especial y los centros ordinarios a la hora de compartir conocimientos, materiales, etc.

También deben plantearse cambios en el procedimiento de escolarización para evitar la existencia de un proceso diferenciado de escolarización al del resto del alumnado.

Asimismo, es preciso encontrar fórmulas que eviten que supuestos en los que se conculque el derecho a la educación inclusiva del alumnado, ya que no garantiza ni para los padres ni para los alumnos el acceso a un centro educativo ordinario con los medios y recursos necesarios para ello. Por el contrario, el dictamen de escolarización y la posterior resolución pueden determinar una escolarización en un centro de educación especial, en contra de la voluntad de los padres y del derecho del niño.

- Otro aspecto susceptible de mejora es el de la formación del profesorado tanto inicial como permanente. Tal y como se ha podido comprobar existen previsiones genéricas pero que no logran el objetivo de que todo el profesorado tenga los conocimientos que necesita a la hora de atender en el aula al alumnado. Esto además, redunda de forma negativa en el propio profesorado debido a que cuando debe atender al alumnado sin los medios adecuados se le genera una carga de trabajo y una presión adicional.

- Por otro lado, es necesario incorporar a la legislación educativa española el concepto de ajuste razonable que reconoce la Convención de forma específica aplicado al ámbito. La Convención reconoce en su artículo 24.2.c) que al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales.

En relación a la realización de estas revisiones, la disposición adicional segunda de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad autoriza al Gobierno para refundir y armonizar la LEY 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003, de 2 diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con discapacidad (LIONDAU) y la LEY 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En este sentido, es preciso que se aborde una revisión de los artículos de la LISMI referidos a la educación de personas con discapacidad, aún vigentes, pero de redacción obsoleta y no acorde con el modelo social y el modelo de educación inclusiva establecido en la Convención[255].

Bibliografía

ALONSO PARREÑO, M.J. y DE ARAOZ, I.: *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. Madrid, CERMI, 2011.

UNESCO. "*Directrices sobre políticas de inclusión en la educación*". 2009.

[255] ALONSO PARREÑO, Mª José y DE ARAOZ, Inés. El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española, octubre 2011. Página 178.

LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES SANITARIAS Y SOCIALES

Maria Eugenia Zabarte

Secretaria General de la Organización Nacional de Trasplantes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad

Índice

1. Introducción

2. Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad: luz de faro

3. La *no discriminación* en las prestaciones sanitarias

4. La *no discriminación* en las prestaciones sociales

5. Completar la exigencia de *no discriminación*

1. Introducción

En el preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se afirma que la Constitución española de 1978 se inspiró, al regular en su artículo 49 la atención a las personas con discapacidad, en el modelo médico o rehabilitador predominante en el momento de su aprobación. Este modelo consideraba la discapacidad como un problema derivado directamente de enfermedad, accidente o cualquier otro condicionante de salud que requería asistencia médica y rehabilitadora mediante tratamiento individualizado realizado por profesionales.

La citada Convención Internacional así como su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Estas normas, superando el modelo médico señalado, configuraron la discapacidad como un conjunto complejo de condiciones, muchas de las cuales se originan o agravan por el entorno social. Las personas con discapacidad son concebidas, en dichas normas, como sujetos de derecho cuyas necesidades deben ser cubiertas de manera que puedan alcanzar la igualdad de oportunidades con respecto al resto de los ciudadanos. A partir de dichas líneas maestras, el principio de no discriminación resulta insoslayable toda vez que la discapacidad se considera tanto una circunstancia personal como un ecosistema social resultante de la interacción del hecho diferencial de algunas personas con un entorno inadecuado por excluyente. Y ello en la medida en que ese entorno se ha establecido según el parámetro de persona “normal”.

España ratificó estos instrumentos jurídicos internacionales el 21 de abril de 2008 y los mismos entraron en vigor el 3 de mayo del mismo año. Ello supone que, conforme a lo que establece el artículo 96.1 de la Constitución, tanto la Convención como el Protocolo forman parte del ordenamiento jurídico interno de España y, en consecuencia, su contenido debe enmendar, en su caso, la normativa española vigente e incompatible con las normas internacionales.

Resulta, por tanto, preciso incorporar en la regulación española la perspectiva social y de derechos y capacidades que proporcionan tanto la Convención como el Protocolo. Para ello se aprobó, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010, un informe sobre medidas necesarias para adaptar la legislación española a los mencionados instrumentos ministeriales.

La citada Ley 26/2011, de 1 de agosto, es resultado de ese proceso de reflexión, debate e identificación de medidas, y viene a proporcionar la fundamentación jurídica para hacerlas exigibles [256]. Su objetivo es reformar el ordenamiento jurídico español para (i) salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad favoreciendo la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva; (ii) avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada; y (iii) garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva.

En los párrafos siguientes y con la perspectiva que proporcionan los criterios que, en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, contienen los mencionados instrumentos jurídicos, se analiza la plasmación de los mismos en lo que podríamos considerar “buques insignia” de las vigentes leyes sanitarias y sociales españolas.

2. Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [257] : luz de faro

Las personas con discapacidad constituyen un sector de población heterogéneo pero todas tienen en común la necesidad, mayor o menor, de contar con apoyos suplementarios para ejercer plenamente sus derechos y para participar en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

[256] El Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, completa la reforma adecuando, en la línea marcada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención.

[257] Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La Constitución española reconoce, en su artículo 14, la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna y el artículo 9.2 de la norma de normas atribuye a los poderes públicos la promoción de 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, económica, cultural y social.

A su vez, el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea habilita al Consejo para "adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual". Precisamente, en desarrollo de esta competencia, la Unión Europea ha adoptado directivas que regulan la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico; por motivo de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual así como por motivo de género[258].

La primera ley post-constitucional española sobre la materia [259] puso en marcha, sobre todo, medidas de acción positiva para lograr esa equiparación de oportunidades y con el fin de neutralizar o aliviar la discriminación que padecían las personas con discapacidad. Aprobadas las directivas comunitarias señaladas, el reconocimiento del derecho a la no discriminación y a la igualdad de oportunidades supone un paso más en esa línea de proporcionar las mismas oportunidades a las personas, con independencia de las diferencias existentes entre unas y otras. Y a la plasmación en nuestro ordenamiento jurídico de ese derecho se orientó la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que se aprobó más de veinte años después de la aprobación de la referida Ley de integración social de los minusválidos. Es de señalar que la expresión "accesibilidad universal", recogida en el título y partes expositiva y dispositiva de la nueva norma, es, según establece el propio preámbulo de la

---

[258] Directivas 2000/43/CE; 2000/78/CE y 2002/73/CE, respectivamente.
[259] Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos.

ley, el resultado de sumar las medidas de acción positiva a la ausencia de discriminación. La accesibilidad universal sería, pues, el *desiderátum* de la participación plena de la persona con discapacidad en la sociedad.

¿Cuál es la aportación adicional de esa ley cuyo objeto es la adopción de medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad conforme a lo establecido por los artículos 9.2 y 14, entre otros, de la Constitución? Fundamentalmente el establecimiento de una urdimbre de derechos así como la determinación concreta de ámbitos de aplicación y de garantías de efectividad de tales derechos de forma que (i) se haga posible la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad y (ii) se obligue a poner en marcha medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas que tiene una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Y, de manera asociada a ese reconocimiento de derechos y a esa voluntad de efectividad de los mismos, ¿qué obligaciones impone esta ley? En primer lugar, la prohibición de conductas discriminatorias, la accesibilidad y la eliminación de obstáculos en los ámbitos de las telecomunicaciones, de los espacios públicos urbanizados, de las infraestructuras y edificación, de los transportes, de los bienes y servicios que se ponen a disposición del público, de las relaciones con las administraciones públicas, de la administración de justicia, del patrimonio cultural y del empleo. En segundo lugar y como exigencia específica a los poderes públicos, la adopción de apoyos complementarios -ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación- para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, los niños y niñas con discapacidad, las personas con discapacidad con más necesidades de apoyo para el ejercicio de su autonomía o para la toma libre de decisiones y las que padecen una más acusada

exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.[260]

Además, la ley establece una serie de medidas de defensa -la tutela judicial contra las represalias y el arbitraje, entre otras- ante el incumplimiento de las exigencias de accesibilidad o de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad. A ello hay que añadir el régimen sancionador aprobado por ley posterior [261] que castiga la infracción de la prohibición de conductas discriminatorias, accesibilidad y eliminación de obstáculos en los ámbitos de las telecomunicaciones, de los espacios públicos urbanizados, de las infraestructuras y edificación, de los transportes, de los bienes y servicios que se ponen a disposición del público, de las relaciones con las administraciones públicas, de la administración de justicia, del patrimonio cultural y del empleo.

A continuación vamos a evaluar la incidencia de las obligaciones impuestas por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad en las llamadas "ley de la salud del siglo XXI" y "ley de la dependencia", que se constituyen en los principales bastiones legislativos reguladores, respectivamente, de prestaciones sanitarias y sociales en España.

3. La *no discriminación* en las prestaciones sanitarias

La Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud [262] constituye el marco legal de las administraciones públicas sanitarias para garantizar la equidad, calidad y participación social en la consolidación y modernización del Sistema, conforme al derecho constitucional de protección de la salud. Se justifica como fórmula de respuesta a los nuevos retos en la organización del sistema sanitario, relativos a la cohesión necesaria en el funcionamiento de los

[260] La enumeración de grupos más discriminados se corresponde con la nueva redacción dada a la ley por el artículo 1 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
[261] Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
[262] Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

servicios centrales y autonómicos, de forma que el Sistema pueda adaptarse a la modernización que exige el entorno.

Para lograr esa cohesión en el funcionamiento de los servicios centrales y autonómicos, la ley establece acciones de coordinación y cooperación entre las administraciones públicas sanitarias que aseguran a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud y garantizan la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema.

Uno de los instrumentos previstos en las acciones de colaboración es la ordenación de las prestaciones orientada a consolidar un conjunto de servicios comunes y obligatorios en el Sistema. Ese conjunto se denomina *catálogo* e incluye servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud. Se incorporan a dicho catálogo las prestaciones ya contempladas por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, junto a otras no establecidas en dicha norma reglamentaria como las prestaciones de salud pública, la atención paliativa a enfermos terminales, la salud bucodental y la salud mental.

Los elementos anteriores, auténticas señas de identidad de nuestro sistema sanitario público, recogen el principio de no discriminación, asociándolo, lógicamente, a la exigencia de equidad. Así, el apartado I del preámbulo establece, en el párrafo noveno a), que la garantía de equidad persigue el acceso a las prestaciones “en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio”. El párrafo siguiente señala la necesidad de buscar un nuevo modelo que, aprovechando la experiencia acumulada, ofrezca instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público “en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de su residencia”. Unas líneas después, insiste el legislador en que, sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, la ley pretende que “la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes”. En definitiva, la ley persigue que las prestaciones que

otorga el Sistema Nacional de Salud sean accesibles a todos los ciudadanos, con independencia de las circunstancias diferenciadoras que existan entre ellos.

Tal vez sea, precisamente, la identificación de un catálogo de prestaciones a las que cualquier ciudadano tiene derecho, sea cual fuere la circunstancia que en él concurra, el factor que plasma con mayor eficacia la preocupación del legislador por plasmar el principio de igualdad constitucional y su parangón de no discriminación en las disposiciones del texto legal sanitario. Así, el artículo 7 de la ley establece que el objeto del catálogo es garantizar las condiciones básicas y comunes para lograr una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención, sin que pueda prevalecer frente a dicha garantía circunstancia alguna de naturaleza personal, cultural o social. Más adelante y tras definir el contenido de cada una de las distintas prestaciones que constituyen el catálogo, incorpora en el mismo una que, a juicio de quien esto escribe, resulta paradigmática de esa pretensión de equidad y de no discriminación llevada a sus últimas consecuencias: la prestación de transporte sanitario. Consiste en el desplazamiento de enfermos cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte. Y el precepto incorpora la exigencia de que dicho transporte sanitario deberá *necesariamente* ser accesible a las personas con discapacidad.

Por otra parte, cuando el legislador, en el artículo 20 de la ley que concreta lo previsto en el 8, establece el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos -entendiendo éstos como los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica- mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias, lo que se denomina *cartera de servicios*, y faculta a las comunidades autónomas para que aprueban sus respectivas carteras, exige que éstas incluyan como mínimo la cartera de servicios común del Sistema Nacional de Salud con el fin de que todos los ciudadanos, sea cual sea su circunstancia personal, social o cultural, dispongan de las mismas prestaciones sanitarias básicas. Además, el precepto también impone que en la elaboración de las carteras de servicios se tenga en cuenta el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades

sociales con el fin de asegurar el cumplimiento del principio de no discriminación.

Pero es que, además, la ley regula, en el mismo capítulo en el que, recordemos, establece el catálogo de prestaciones y la cartera de servicios, la garantía de unas y otros. Y ello constituye elemento esencial de la regulación en la medida en que, como se señala en el preámbulo del texto legal, el reconocimiento de un derecho tiene el valor que le concede su garantía. En esa línea el artículo 23 de la ley dispone la accesibilidad de todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud a las prestaciones reconocidas en condiciones de igualdad efectiva, reproduciendo, con ello, la exigencia del artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad[263]. Más concretamente, el artículo 24 garantiza ese acceso con independencia de lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios -atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares-, garantizándoles, de manera específica, el acceso a los servicios de referencia[264].

En esa línea garantista, llama especialmente la atención el rigor con el que se regula la accesibilidad de los centros, servicios y prestaciones de carácter sanitario para personas con discapacidad. El artículo 28 de la ley establece que dicha accesibilidad constituye un criterio de calidad que ha de ser garantizado por el Sistema Nacional de Salud. Y para ello dispone que (i) los centros sanitarios de nueva creación deberán cumplir las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo que les sean de aplicación -en referencia manifiesta a lo dispuesto por la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad- y (ii) las administraciones públicas sanitarias promoverán programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación. Es

[263] Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
[264] Conforme establece el artículo 28.2 de la ley, los servicios de referencia responden a un enfoque de planificación de conjunto “para la atención a aquellas patologías que precisen una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales”

de señalar, por cierto, que estas exigencias de garantía de calidad se hacen extensivas a la totalidad del sistema sanitario, incluidos, por tanto, los centros y servicios privados.[265]

El esfuerzo del legislador por garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español le lleva a afectar el Fondo de cohesión[266] a dicha garantía. En tal sentido, encomienda al Ministerio de Sanidad la realización de políticas que aseguren la cohesión sanitaria y la corrección de desigualdades.

Por último, convendría referirse a la norma reglamentaria que desarrolla la ley en lo relativo al establecimiento de la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y al procedimiento para su actualización[267]. El contenido del real decreto mantiene las coordenadas no discriminatorias y de equidad establecidas en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Ya en su preámbulo, la norma pone de manifiesto la importancia de la cartera de servicios comunes en línea de garantizar la protección de la salud, la *equidad y la accesibilidad* a una adecuada atención sanitaria por parte de *todos* los ciudadanos. En su parte dispositiva general la norma establece (artículo 2.4) que los usuarios del Sistema Nacional de Salud tendrán acceso a la mencionada cartera en condiciones de *igualdad efectiva*, poniendo como única condición que exista una indicación clínica y sanitaria. Añade, además, que cuando el servicio de salud correspondiente no pueda ofrecer alguna de las técnicas, tecnologías o procedimientos contemplados en la cartera establecerá los mecanismos necesarios de canalización y remisión del usuario al centro o servicio donde les pueda ser facilitada la técnica, tecnología y/o procedimiento correspondiente. Y el artículo 3 insiste, al señalar las características de la cartera, en que los servicios contenidos en la misma tienen la consideración de

[265] "Artículo 29: Las garantías de seguridad y calidad son aplicables a todos los centros, públicos y privados, independientemente de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento."

[266] Véase artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; y el Real Decreto 1247/2002, de 3 de diciembre, por el que se regula la gestión del Fondo de cohesión sanitaria.

[267] Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

básicos y comunes, entendiendo por tales los necesarios para llevar a cabo una atención sanitaria adecuada, integral y continuada a *todos* los usuarios del Sistema. Más adelante, cuando la norma aborda los criterios y requisitos para definir, detallar y actualizar la cartera, exige, entre otros aspectos, valorar su incidencia en el *cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo* así como las *necesidades sociales* (artículo 5.1).

Los anexos del reglamento concretan y especifican el contenido de la cartera. En el primero, relativo a los servicios comunes de salud pública, se definen éstos como el conjunto de iniciativas, combinación de ciencias, habilidades y actividades, dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de *todas* las personas. Y al amparo de dicha configuración establece los programas de prevención y promoción de la salud dirigidos a grupos de población con necesidades especiales y *orientados a eliminar o reducir desigualdades en salud*. En el segundo, relativo a los servicios comunes de atención primaria, se incluye el programa de atenciones y servicios específicos relativos a la mujer, la infancia, la adolescencia, los adultos, la tercera edad, los grupos de riesgo y los enfermos crónicos desde la voluntad de asegurar la accesibilidad a los servicios establecidos a todos los ciudadanos cualquiera que sea su circunstancia diferencial desde la perspectiva económica, cultural o social. El resto de los anexos participan de la misma filosofía llegando el octavo, que incluye en la cartera la prestación de *transporte sanitario*, a exigir, como ya ha sido señalado, que este tipo de transporte sea *accesible a las personas con discapacidad*.

Así pues, “igualdad efectiva” “equidad” “accesibilidad de todos” “supresión o reducción de desigualdades en salud” son términos y expresiones que reitera la norma reglamentaria, la cual establece además mecanismos de compensación para garantizar que, sea cual fuere la circunstancia diferencial que pueda concurrir, nadie se vea excluido de las técnicas, tecnologías y procedimientos previstos en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

4. La *no discriminación* en las prestaciones sociales

El principio de no discriminación se encuentra también presente, no podía ser de otra manera, en las prestaciones sociales derivadas de lo previsto en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia[268].

Y decimos que no podía ser de otra manera por cuanto la población en situación de dependencia es un colectivo especialmente susceptible de ser discriminado negativamente. Ese amplio porcentaje de ciudadanos que, mencionados en el preámbulo de la ley, se encuentran limitados para desarrollar las actividades de la vida diaria o precisan apoyo para ejercer su autonomía personal justifican la creación de un marco estable de recursos y servicios que proporcionen la atención necesaria en condiciones de igualdad y que aseguren una vida independiente y libre de discriminación.

Entre los principios de la ley, los que establece su artículo 3, se menciona, inmediatamente después de la proclamación del carácter público de las prestaciones del Sistema, *la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación*. Y, entre esos mismos principios que inspiran el texto legal, se cita la *personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades*. Las señaladas son, en fin, referencias expresas a la voluntad de no discriminar que impregna el espíritu y la letra de la ley así como la estrategia de actuación que en ella se establece.

En puridad, no solo los señalados sino todos los principios proclamados en la ley rezuman esa misma intención de conseguir la igualdad de oportunidades, la accesibilidad de todos a las prestaciones reconocidas como derecho, la no discriminación por ninguna circunstancia política, económica, cultural o social.

[268] Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En tal sentido apuntan (i) *la valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real;* (ii) *la personalización de la atención, teniendo en cuenta la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de discriminación o menor igualdad de oportunidades;* (iii) *la promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible;* (iv) *la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en que desarrollan su vida, siempre que sea posible*.

Todas ellas conforman las coordenadas que enmarcan el espacio por el que deben discurrir las actuaciones derivadas de la ley y que en todo caso deben ser no discriminatorias o deben procurar la no discriminación.

Todas ellas aseguran, además, la efectividad de los derechos que reconoce la ley y que ya en su enunciado participan de la filosofía no discriminatoria. Así sucede al proclamar el derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal pero también al establecer el de acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios establecidos en la ley. Y ocurre, asimismo, cuando se reconocen a las personas en situación de dependencia derechos especiales como, por ejemplo, el derecho a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia; el derecho a ser advertido de que los procedimientos que se le apliquen pueden utilizarse en un proyecto docente o de investigación en cuyo caso será necesaria la previa autorización; el derecho a que se respete la confidencialidad en la recogida y tratamiento de sus datos; el derecho a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar; el derecho, en fin, a decidir, cuando tenga capacidad, sobre la tutela de su persona y bienes o sobre el ingreso en centro residencial.

5. Completar la exigencia de *no discriminación*

Lo anterior permite concluir que las normas a las que se ha hecho referencia están imbuidas de un profundo espíritu no discriminatorio. Ello no ha impedido, no obstante, que todas ellas se hayan visto modificadas, con el fin de perfeccionar dicho espíritu en los preceptos que lo recogen, por la Ley de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por lo que se refiere a la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad destaca, entre los cambios introducidos[269], el ajuste de la definición legal de "persona con discapacidad" a la contenida en la Convención. A su vez, la ley infracciones y sanciones dictada sobre la misma materia incorpora un nuevo supuesto de sanción accesoria.

Diversas leyes sanitarias como la General de Sanidad, la de extracción y trasplante de órganos[270], la reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica[271], la de técnicas de reproducción humana asistida[272], la de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la de ordenación de las profesiones sanitarias[273], son modificadas para incluir la discapacidad como nueva causa de no discriminación de la persona en su relación con las administraciones sanitarias, regulando el derecho a la información en formatos accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad así como la prestación del consentimiento por parte del paciente.

Las leyes reguladoras de prestaciones sociales se han visto también afectadas por la reciente reforma. Es el caso de la Ley por la que se reconocen las

[269] Además del señalado se modifican los artículos 1.1, segundo párrafo; 1.2; 2 e); 3; 8.2; 10.2 c); 15.1; 20.1; y disposiciones finales quinta, sexta, octava y novena. Se añaden, asimismo, los nuevos artículos 10 bis y 21; y las disposiciones adicionales quinta y sexta.
[270] Ley 30/1979, de 27 de octubre.
[271] Ley 41/2002, de 14 de noviembre.
[272] Ley 14/2006, de 26 de mayo.
[273] Ley 44/2003, de 21 de noviembre.

lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[274]. La modificación exige a los poderes públicos que garanticen las medidas necesarias para que los medios de comunicación social sean accesibles a los colectivos señalados obligando a establecer las medidas necesarias para incentivar el acceso a las telecomunicaciones en lenguas de signos españolas. Y es el caso también de la modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social[275] que añade sanciones para los empresarios que hayan cometido una infracción grave o muy grave en materia de empleo y protección por desempleo.

La ley reformadora modifica también otros ámbitos de la normativa que, en sentido amplio, regula otros aspectos de la política de acción social y de las relaciones sociales.

Así sucede con el artículo 59.1 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público[276] para aumentar, del 5 al 7 por ciento, el cupo de vacantes que deben ser cubiertas por personas con discapacidad y para establecer, además, que, de ese cupo, un mínimo del 2 por ciento deberán ser ocupadas por personas que acrediten discapacidad intelectual. Y con la Ley sobre Protección Civil[277] que se modifica en dos aspectos: para establecer que la acción permanente de los poderes públicos, relativa al estudio y prevención de las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública y a la protección y socorro de personas y bienes en dichos casos, tendrá en consideración las especiales características del grupo social de las personas con discapacidad; también para exigir que se incluyan en los Planes Territoriales y Especiales de Protección Civil los criterios para que los procedimientos de actuación garanticen la asistencia necesaria a las personas con discapacidad.

[274] Ley 17/2007, de 23 de octubre.
[275] Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.
[276] Ley 7/2007, de 12 de abril.
[277] Ley 2/1985, de 21 de enero.

La Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo [278] se modifica para incorporar en su artículo 7 c), entre las prioridades de la lucha contra la pobreza, la de conseguir la no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y para exigir, en su artículo 9.2, que los instrumentos para poner en práctica la cooperación internacional para el desarrollo sean inclusivos y accesibles para las personas con discapacidad. Y la Ley de integración social de los minusválidos [279] para aumentar, del 3 al 4 por ciento, el número de viviendas accesibles programadas y para establecer, además, que, dichas viviendas podrán ser adjudicadas tanto a personas con discapacidad individualmente consideradas o a asociaciones o fundaciones para destinarlas a usos sociales de inclusión y promoción de la vida autónoma como viviendas asistidas, viviendas compartidas, viviendas de apoyo o a proyectos de vida independiente de personas con discapacidad.

Por último, leyes reguladoras de aspectos tan diversos de las relaciones sociales como son la de Propiedad Horizontal[280], servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico[281] e, incluso, leyes tan específicas como la del Contrato de Seguro[282], carrera militar[283] y Contratos del Sector Público[284] se han visto modificadas para, bien obligar a realizar actuaciones y obras de accesibilidad, bien prohibir la discriminación en la contratación, bien garantizar la exención de pruebas de aptitud para el acceso a determinadas escalas del Ejército de Tierra, o bien valorar positivamente a las empresas que deseen contratar con las administraciones públicas cuando cumplan la cuota de reserva de puesto de trabajo para personas con discapacidad. A lo anterior habría que añadir el mandato al Gobierno para que, en el plazo de un año desde la fecha de entrada en vigor de la ley reformadora, adapte las normas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de la vida.

[278] Ley 23/1998, de 7 de julio.
[279] Ver nota a pié de página número 4.
[280] Ley 49/1960, de 21 de julio.
[281] Ley 34/2002, de 11 de julio.
[282] Ley 50/1980, de 8 de octubre.
[283] Ley 39/2007, de 19 de noviembre.
[284] Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Estas reformas legislativas se han visto complementadas por mandatos de acción positiva dirigidos a los poderes públicos para que (i) adopten medidas en favor de las personas con capacidad intelectual límite, (ii) establezcan ayudas a las comunidades de propietarios para efectuar mejoras orientadas a la accesibilidad de edificios y viviendas, (iii) aseguren el cumplimiento de la cuota de reserva del 2 por ciento de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores, (iv) establezcan condiciones en los contratos del sector público relacionadas con el porcentaje de empleo de las personas con discapacidad en la ejecución de los mismos.

La reforma ha alcanzado también a las normas reglamentarias[285]. Su objetivo es similar al de la ley de adaptación normativa a la Convención: adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices del instrumento internacional.

[285] El Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, modifica los siguientes reglamentos:

- Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.
- Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.
- Real Decreto 407/1992, de 24 de abril, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil.
- Real Decreto 1546/2004, de 25 de junio, por el que se aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear.
- Real Decreto 1564/2010, de 19 de noviembre, por el que se aprueba la Directriz básica de planificación de protección civil ante el riesgo radiológico.
- Real Decreto 1123/2000, de 16 de junio, por el que se regula la creación e implantación de unidades de apoyo ante desastres.
- Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Régimen del Notariado.
- Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.
- Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión.
- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos

En el ámbito de las prestaciones sanitarias, los cambios introducidos se orientan a garantizar el derecho de acceso a la información de las personas con discapacidad. Para ello se prevé la utilización de formatos adecuados en la información que se proporciona al paciente y la asistencia y el apoyo en la prestación de consentimiento. En otros ámbitos, como el de transportes, la modificación tiene como finalidad incluir los Planes de Accesibilidad en todos los sectores del transporte y establecer un criterio para deslindar las grandes infraestructuras y servicios de las de pequeña entidad. Por lo que respecta al acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social, se adecua lo establecido en la vigente norma reglamentaria a lo legalmente previsto en materia de accesibilidad a Internet. En protección civil, la modificación consiste en garantizar la atención adecuada a las personas con discapacidad, regulando protocolos de actuación específicos e incluyendo en los cursos correspondientes información y formación relacionada con la asistencia a dicho grupo social. Se modifica, asimismo, el reglamento aplicable a los notarios para adecuar el desarrollo de la función testifical a los medios de apoyo existentes a las personas con discapacidad.

Concluimos, pues, como empezábamos. Con el reconocimiento de que tanto la Ley 26/2011, de 1 de agosto, como el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, que adaptan leyes y reglamentos del ordenamiento jurídico español a lo establecido por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, culminan el proceso de reflexión, debate e identificación de medidas iniciado para (i) salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad favoreciendo la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva; (ii) avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada; y (iii) garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva.

Bibliografía

AA.VV.: *Tratado sobre Discapacidad*, Ed. Aranzadi S.A., Madrid 2007.

La Discapacidad en España: Datos Estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999 (2003): Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

Ordenación Sanitaria: Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (2005): Ed., Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid.

Proceso de Discapacidad. Un Análisis de la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud (2004): Ed. CSIC, Madrid.

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO EXTENSIÓN DE LAS POLÍTICAS DE INCLUSIÓN DE LA DISCAPACIDAD

Germán Alonso-Alegre Fdez. de Valderrama

Socio responsable del Dpto. de Derecho Público y Administrativo de Mazars
Experto comunitario sobre contratación pública designado por el Comité Económico y Social

german.alonsoalegre@mazars.es

Índice

1. Algunos importantes antecedentes. Desde los primeros pasos hasta la situación actual

2. Situación actual. Principales cláusulas sociales utilizadas en la contratación pública relacionadas con las personas con discapacidad

2.1. Medidas contenidas en el TRLCSP de aplicación imperativa para todos los órganos de contratación

A. Prohibiciones de contratar con el sector público

B. Criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos

2.2. Medidas contenidas en el TRLCSP cuya adopción se deja a la elección de cada uno de los órganos de contratación

A. Condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato

B. Criterios de adjudicación de los contratos

C. Criterio de desempate

D. Reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo

E. Acreditación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13 de 1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes

3.- Últimas actuaciones a nivel comunitario relacionadas con las políticas de inclusión de la discapacidad en la contratación pública

1. Algunos importantes antecedentes. Desde los primeros pasos hasta la situación actual

El sector de las personas con discapacidad es uno de los grupos sociales cuya protección viene especialmente garantizada por la Constitución Española. En concreto, en su artículo 49, incluido dentro del capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, y a su vez incardinado en el del Título I de la Constitución, que regula los derechos y deberes fundamentales. Este precepto constitucional viene a reseñar que los poderes públicos deberán llevar a cabo, entre otras, una decidida política de integración de este colectivo.

Resulta obvio que para dicha finalidad el empleo se ha convertido en uno de los factores más eficaces para favorecer en mayor medida una plena inclusión social, y no únicamente por ser una esencial fuente de ingresos, sino, muy especialmente, por encontrarse en el origen de toda una red de relaciones sociales que facilitan esta inclusión.

No obstante, ello tropieza con importantes barreras que suponen en muchos casos tanto la inexistencia de empleo como la falta de calidad del mismo, lo que motiva la conveniencia de que se fomenten medidas que intenten cubrir las necesidades laborales de los grupos sociales con menores oportunidades de lograr su incorporación al mercado laboral ordinario, como acontece con el sector de la discapacidad. Si bien a pesar de las indudables mejoras sociales y económicas que estas acciones han producido, se continúa sin vencer de modo suficiente las desigualdades existentes.

Frente a esa circunstancia, las Administraciones Públicas, a quienes especialmente compete, como hemos visto a tenor del artículo 49 CE, favorecer esta integración, han optado en las dos últimas décadas de forma más principal, si bien azuzadas en gran medida por las organizaciones representativas del sector de la discapacidad, por impulsar lenta pero

paulatinamente algunas políticas activas de empleo para los miembros de este sector.

En este proceso se ha considerado siempre como una pieza esencial, por la trascendental importancia y gran volumen económico que la contratación pública mueve en nuestro país y en los países de nuestro entorno, la proliferación de cláusulas sociales en las licitaciones públicas, esto es, a la hora de adjudicar contratos dentro del sector público.

Por cláusulas sociales podríamos comprender el conjunto de medidas que han de adoptar los poderes públicos para la mejor inserción social de las personas en riesgo de exclusión social, propósito para el que es imprescindible su adecuada inserción laboral.

Por lo que las cláusulas sociales en la contratación pública podrían definirse como las disposiciones normativas que tienen como objeto la inclusión en los procesos de licitación pública, no sólo de requisitos económicos, sino también de aspectos de política social, y, concretamente, de medidas dirigidas a la promoción del empleo para personas que deban ser socialmente protegidas.

Este modo de intervención social otorgaría prioridades a las entidades que cumplan requisitos de inserción laboral para, entre otras, las personas con discapacidad. Y una buena utilización de dichas cláusulas sociales favorecería, sin ningún género de dudas, una contratación pública socialmente responsable, por todos los beneficios que para el conjunto de la sociedad, y para estas personas en particular, se generarían con su correcta aplicación.

Por un lado, como ya se ha indicado, las mismas favorecen el acceso de personas con discapacidad al mundo laboral, y, por ende, a la vida social, siendo por tanto tales cláusulas una eficaz herramienta de inserción laboral de esos grupos.

Pero es que además, por otro, nos encontramos realmente ante un recurso de coste económico cero o de saldo positivo, lo que resulta muy importante ante la

actual coyuntura económica, frente a otras medidas de inserción alternativas, siempre necesarias, pero que podrían generar mayores gastos tanto para las Administraciones Públicas como para las empresas privadas. Con lo que las mismas suponen a su vez una reducción de gasto público, al poder minorarse las subvenciones, subsidios y pensiones dirigidas a este colectivo, a lo que se uniría el aumento de ingresos que genera de forma directa la actividad laboral en forma de impuestos y cuotas a la Seguridad Social. Por lo que su eficaz aplicación y puntual cumplimiento hace que con ellas ganen todas las partes involucradas

Desde esta óptica deben entenderse las medidas que al respecto se han venido adoptando por los legisladores y por las propias Administraciones Públicas, medidas que, volvemos a reiterar, se han ido dictando de manera muy trabajosa por el sector y tal vez demasiado “pausada”, a mi modo de ver y si se me permite esta expresión, por los poderes públicos.

Dentro de esta pausada evolución no podemos dejar de citar las primeras cláusulas sociales que en materia de contratación pública se incluyeron en la normativa nacional, como fueron el más simbólico que efectivo, pero punta de lanza para otras medidas, y aún vigente, criterio de desempate o preferencia en la adjudicación en caso de empate en las adjudicaciones en favor de las entidades que tuvieran en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad no inferior al 2 por 100.

El mismo ya se encontraba recogido en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y, más en concreto, en su clásica Disposición Adicional Octava, luego trasladado su contenido sucesivamente a las ulteriores normativas de contratación pública, comenzando con el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y terminando con ligeras modificaciones por el reciente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Al igual que también se encontraba ya recogida en dicha norma legal de 1995 la prohibición de contratar en que incurrían y siguen incurriendo las empresas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral de minusválidos, igualmente significativa aunque también poco práctica, en cuanto recabar dicha sanción firme es realmente complicado por todos los trámites previos que ello requiere. Actualmente la infracción grave y firme exigida para ello es en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Ni por supuesto podemos tampoco olvidar por su trascendencia en aquel momento y tanto por los recursos judiciales nacionales como denuncias ante instancias comunitarias que provocó, el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, en cuyos artículos 4 y 5 ya se contemplaban el criterio de desempate antes comentado así como la obligación para las empresas con 50 o más trabajadores a que presentaran una declaración responsable del cumplimiento de su obligación de tener al menos un 2 por 100 de trabajadores con discapacidad, aspecto muy importante que se ha estado desde hace tiempo intentando implementar de una manera más o menos similar a nivel nacional, con los recientes resultados que luego se reseñarán.

Todos los recursos judiciales que en su día se interpusieron ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y posteriormente ante el Tribunal Supremo así como el Dictamen de la Comisión Europea evacuado al efecto, supusieron un espaldarazo a estas dos medidas concretas que en el ámbito de la discapacidad se encontraban recogidas en el citado Decreto 213/1998. De igual manera, también el Consejo de Estado en su dictamen número 3.495/98, de 19 de noviembre de 1998, se pronunció favorablemente a las mismas.

A la par que el citado Decreto también debemos recordar otras normas autonómicas pioneras igualmente en la materia, como el Decreto 26/1999, de 25 de febrero, del Gobierno de Canarias, por el que se regulaban medidas de fomento para la integración laboral de minusválidos, la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra,

modificada a estos efectos por la Ley Foral 16/2002, de 31 de mayo; el Reglamento General de Contratación Pública de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 abril; o la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat Valenciana, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad, entre otras.

Con estas breves citas de normativa autonómica así como con distintas normas algo posteriores, como la Ley de Andalucía 18/2003, de 29 de diciembre; la Ley catalana 31/2002, de 30 de diciembre, tras su modificación por Ley 7/2004, de 16 de julio y también por Ley 17/2007, de 21 de diciembre; el Decreto de la Comunidad Valenciana 279/2004, de 17 diciembre; el Decreto de las Islas Canarias 84/2006, 20 junio; la Ley Foral Navarra 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, modificada por la Ley Foral 1/2009, de 19 de febrero, y posteriormente también por la Ley Foral 13/2009, de 9 de diciembre; o la Orden Foral del Gobierno Vasco 6/2008, de 2 junio, podemos observar como en gran medida las diversas Comunidades Autónomas se adelantaron en muchas ocasiones a la propia normativa de ámbito estatal a la hora de prever ciertos criterios sociales que debían tenerse en cuenta en las contrataciones públicas.

También dentro del ámbito estatal fueron aplicándose ciertas medidas similares, si bien con carácter más particular por diferentes Departamentos Ministeriales con especial concienciación en la materia, como fue siempre el Ministerio de Defensa, y también en ocasiones el de Sanidad o Educación, básicamente.

No obstante tampoco debemos ni mucho menos olvidar el importante papel que en esos años tuvo igualmente la publicación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en la cual, entre otros aspectos, expresamente se preveía que para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad, los poderes públicos establecerían medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva.

Otro punto de inflexión muy importante a estos efectos fue sin lugar a dudas la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo

de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios. Mediante dicha Directiva, además de proceder a refundirse la normativa anterior sobre la materia en un único texto, se incorporaba la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al efecto.

Fue precisamente a raíz de dicha jurisprudencia y de sentencias clásicas tales como la famosa de 20 de septiembre de 1988, recaída en el asunto Gebroeders Beentjes BV contra los Países Bajos, As. 31/87, pionera en estos asuntos; la de 26 de septiembre de 2000 en el asunto C-225/98 Nord-pas de Calais; o la de 17 de septiembre de 2002 en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy AB contra Helsingin kaupunki, entre algunas otras, donde se fue clarificando que podían introducirse ciertos aspectos sociales en la contratación pública, tales como la posibilidad de incluir condiciones sociales de ejecución de los contratos, o la opción de que los poderes adjudicadores utilizaran criterios tales como el empleo de personas con discapacidad como criterio de desempate en las adjudicaciones (que ya venía siendo utilizado en España desde hacía años), así como la posible utilización como criterios de adjudicación de aspectos sociales, siempre y cuando dichos criterios cumplieran una serie de requisitos como, principalmente, que estuvieran vinculados al objeto del contrato o que no otorgaran al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada..

Pero no obstante estos reconocimientos por vía jurisprudencial, la cierta complejidad que podía conllevar su plasmación real, principalmente por la falta de uso de la misma derivada del desconocimiento de muchos poderes adjudicadores, motivó que tales criterios no fueran muy tenidos en cuenta a la hora de elaborar los pliegos de condiciones, lo que sin duda aumentó la importancia de la inclusión formal de estas medidas en el articulado dispositivo de la citada Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004.

Asumiendo estos puntos de partida, y muy especialmente tal Directiva que debía ser traspuesta a los Derechos nacionales, nuestros legisladores

siguieron aprobando una serie de medidas tendentes a facilitar tan loables fines. Este camino normativo continuó con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Publico, que traspuso la citada Directiva en nuestro país.

E incluso para potenciar la más adecuada aplicación de la mencionada Ley de Contratos del Sector Público, en fecha 23 de junio de 2009 el Congreso de los Diputados aprobó con el apoyo de todos los grupos parlamentarios una Proposición No de Ley en la que se solicitaba que se impulsase una gestión socialmente responsable de las Administraciones Públicas mediante actuaciones que favorecieran la incorporación de cláusulas sociales en los concursos y contratos públicos, al amparo de la citada Ley de Contratos.

A todos estos efectos, en la Proposición no de Ley 23 de junio de 2009 se recomendaba a los órganos de contratación la adopción de forma decidida de medidas favorables a las personas con discapacidad y, en particular, entre otras, se recomendaba el establecimiento de la obligación de dedicar a la ejecución del contrato, siempre que sea posible, un número de trabajadores con discapacidad; la preferencia en la adjudicación de los contratos a las empresas que, en igualdad de las demás condiciones, acrediten mayor porcentaje de personas con discapacidad; o la reserva de la adjudicación de determinados contratos a favor de Centros Especiales de Empleo.

De igual manera, también se proponía la elaboración, en colaboración con las organizaciones representativas de la discapacidad, de un Manual de buenas prácticas de contratación pública socialmente responsable en relación con las personas con discapacidad, que pudiera servir de guía práctica para todos los órganos de contratación de todas las Administraciones Públicas; Manual que si bien no fue elaborado por los poderes públicos, sí fue preparado e incluso publicado por el CERMI, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad.

En la misma línea, el Consejo de Ministros en fecha 26 de febrero de 2010 aprobó un Plan extraordinario de fomento de la inclusión social y la lucha contra la pobreza en el año 2010, donde se promovía específicamente y se

consideraba necesario dar un impulso decisivo a la introducción de criterios sociales en la contratación pública, teniendo ello por finalidad la inclusión laboral y social de las personas con discapacidad y en riesgo de exclusión social.

E incluso en fecha 28 de abril de 2010 el Congreso de los Diputados aprobó otra importante Proposición No de Ley, en la que se instaba al Gobierno a que promoviera las medidas necesarias a fin de que la Administración General del Estado estableciera como requisito para la adjudicación de contratos públicos y para la concesión de subvenciones, que las empresas licitantes, colaboradoras o beneficiarias, acreditaran previamente el cumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, de las medidas alternativas de carácter excepcional, o que se encontraban dentro de los supuestos que amparan la exención legal de dicho cumplimiento.

Precisamente a estos efectos la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, introdujo un nuevo artículo 70 bis en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, referido al cumplimiento de la obligación legal del 2% de trabajadores con discapacidad, al que luego haremos mayor referencia.

Esta nueva disposición ha sido también, lógicamente, mantenida en el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, si bien ahora como Disposición Adicional cuarta.

Esta nueva disposición era más oportuna y necesaria que nunca, y ello debido a que precisamente en fecha 13 de julio de 2011, esto es, 20 días antes de la publicación en el BOE de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, fue aprobado definitivamente por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo, el Dictamen INT/570, Mercado Europeo de los contratos públicos, relativo al “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente”,

dónde, como luego veremos, hacía una especial y significativa referencia a ciertos aspectos de las cláusulas sociales muy relacionados con la aquí aprobada, lo que significa sin duda alguna que igualmente se ha seguido propugnando a nivel comunitario la cada vez mayor utilización de criterios sociales en el ámbito de la contratación pública.

2. Situación actual. Principales cláusulas sociales utilizadas en la contratación pública relacionadas con las personas con discapacidad

Si bien, como hemos visto someramente, a lo largo de estos últimos años se han ido implementando y desarrollando paulatinamente diversas cláusulas sociales relacionadas con las personas con discapacidad en la contratación pública, a nivel estatal se pueden diferenciar básicamente algunas de ellas, que son en las que seguidamente nos centraremos.

Además, también las Comunidades Autónomas que han ejercido sus competencias en la materia, e incluso algunas entidades locales, suelen prever y utilizar en mayor o menos medida y con ligeras variantes o particularidades estas mismas cláusulas sociales en sus respectivos ámbitos de contratación.

Por todo ello nos referiremos a las siguientes, utilizando para mayor claridad y para huir de demasiadas citas de normativa autonómica e incluso local, sus actuales referencias regulatorias a nivel estatal.

A efectos sistemáticos vamos a diferenciar los preceptos o medidas relacionados más directamente con el colectivo de las personas con discapacidad, establecidas en la actual normativa básica de contratación pública (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en adelante TRLCSP), que tengan un carácter obligatorio para todos los órganos de contratación, de otras medidas donde su adopción se deja a la elección de cada órgano de contratación.

2.1. Medidas contenidas en el TRLCSP de aplicación imperativa para todos los órganos de contratación

El TRLCSP, al igual que la anterior Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), establece una serie de medidas en favor de las personas con discapacidad de obligado cumplimiento parara todos los órganos de contratación:

A. Prohibiciones de contratar con el sector público

El artículo 60.1.c) del TRLCSP (anterior artículo 49.1.c LCSP) establece la prohibición para contratar con el sector público a las entidades sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de integración laboral así como en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Este precepto supone la imposibilidad para contratar con cualquier organismo de carácter público, con todo lo que ello puede llevar consigo, a todas aquellas empresas que sean sancionadas con carácter firme por estas infracciones, si bien la debilidad de tal medida es precisamente su compleja y lenta aplicación hasta que se dicte esa sanción firme, y más cuando, en concreto, la apreciación de la concurrencia de estas prohibiciones de contratar requerirán la previa declaración de su existencia por el Ministro de Economía, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda, conforme al artículo 60 TRLCSP.

Para ello, las autoridades competentes para la imposición de tales sanciones deberán notificar las sanciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, en aras de que pueda iniciarse efectivamente el procedimiento para la declaración de la correspondiente prohibición de contratar.

B. Criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos

El artículo 117.1 del TRLCSP determina que los criterios de accesibilidad y de diseño para todos, tal como son definidos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, deberán utilizarse, en la medida de lo posible, en la definición de las prescripciones técnicas de los contratos públicos, debiendo motivar suficientemente la imposibilidad de su exigencia, en caso de que concurra tal circunstancia, continuando el mismo artículo 117 en sus sucesivos apartados con la definición de las prescripciones técnicas y otros aspectos relativos a las mismas.

La exigencia de respetar estos criterios en las prescripciones técnicas garantiza que, al menos “en la medida de lo posible” (y con la cierta debilidad que este concepto jurídico indeterminado conlleva), las diversas prestaciones y servicios a satisfacerse por los contratos públicos deben tener en cuenta estos criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, para ser utilizables y practicables por todas las personas y, por supuesto, especialmente por las personas con discapacidad. Esta misma previsión figuraba en el artículo 101.1 de la anterior Ley de Contratos del Sector Público.

En todo caso ese término citado de “en la medida de lo posible” no deja o no debe dejar ni mucho menos la aplicación de tales criterios de accesibilidad universal y diseño para todos a la voluntad del órgano de contratación, sino que requiere su aplicación obligatoria salvo clara imposibilidad, que, además, deberá ser motivada de forma suficiente.

Por su parte, el actual artículo 137 TRLCSP (anterior artículo 121.1 LCSP) sobre “Establecimiento de prescripciones técnicas y preparación de pliegos”, incardinado entre las reglas aplicables a la preparación de los contratos celebrados por poderes adjudicadores que no tengan el carácter de Administraciones Públicas y de contratos subvencionados, prevé en su apartado primero los supuestos de los contratos concretos en que igualmente

deben observarse las reglas establecidas en el artículo 117 para la definición y establecimiento de prescripciones técnicas.

Asimismo, y en relación también a los criterios de accesibilidad universal y diseño para todos, la Disposición adicional 18ª del nuevo TRLCSP, (anterior DA 21ª LCSP) denominada "Garantía de accesibilidad para personas con discapacidad," determina que en el ámbito de la contratación pública la determinación de los medios de comunicación admisibles, el diseño de los elementos instrumentales y la implantación de los trámites procedimentales, deberán realizarse teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos.

2.2. Medidas contenidas en el TRLCSP cuya adopción se deja a la elección de cada uno de los órganos de contratación

También el TRLCSP establece otra serie de medidas en materia de personas con discapacidad cuya adopción se deja a la elección del órgano de contratación. No obstante, en algunas de ellas comprobaremos como podríamos incardinarlas en un cierto punto intermedio en cuanto a su aplicación obligatoria o a elección del órgano de contratación.

A. Condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato

El artículo 118.1 del TRLCSP (anterior artículo 102.1 LCSP) mantiene la posibilidad de incorporar condiciones especiales de carácter social en la ejecución del contrato recordando que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato. Y concretando que estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral (entre las cuales, sin lugar a dudas, pueden encontrarse las personas con discapacidad).

Para ello ya hemos visto como tales condiciones de ejecución deben incluirse en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato, y ser plenamente conformes con el Derecho comunitario, pudiendo los órganos de contratación, entre otras posibles medidas, prever por ejemplo la obligación de dedicar a la ejecución del contrato objeto del concurso, a un número determinado de trabajadores con discapacidad, o pudiendo incluso requerir que tales trabajadores con discapacidad sean desempleados, entre otras posibles variantes; así como en lugar de exigir un número determinado también podría exigirse al adjudicatario del contrato que destine un determinado porcentaje de trabajadores con discapacidad a la ejecución del mismo; o la subcontratación de un porcentaje del presupuesto de adjudicación con Centros Especiales de Empleo capacitados para la ejecución de tales labores subcontratadas, etc.

Resulta igualmente muy importante destacar que a tenor del mismo artículo 118 TRLCSP, en su apartado 2, los pliegos o el contrato, si así lo estiman pertinente, podrán establecer penalidades económicas conforme a lo prevenido en el artículo 212.1 TRLCSP para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en el artículo 223 f) TRLCSP (causas de resolución). Y cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos o en el contrato, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos previstos en el artículo 60.2 e) LCSP (prohibiciones de contratar).

B. Criterios de adjudicación de los contratos

El artículo 150.1 del TRLCSP (anterior 134 LCSP) sigue permitiendo (con la misma redacción confusa que previamente) que el órgano de contratación incluya criterios o consideraciones sociales como criterios de adjudicación de los contratos. Así dispone el mismo, al tratar de los criterios de valoración de las ofertas, que para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios

directamente vinculados al objeto del contrato, tales como (…) las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (…) u otros semejantes.

No hace falta reincidir por obvio en que la literatura utilizada por este precepto a los efectos del criterio que aquí nos interesa, resulta ciertamente confusa y difícil de comprender. En todo caso, una interpretación lógica y sistemática con la restante normativa existente, tanto nacional como comunitaria, así como con la propia jurisprudencia comunitaria a la que inicialmente se hizo referencia, lleva a entender que una clara categoría de población desfavorecida por sus especiales dificultades de inserción en el mercado laboral sería la de las personas con discapacidad, categoría ésta de población habitualmente usuaria o beneficiaria, lógicamente, y al igual que las restantes categorías de población, de la generalidad de las posibles prestaciones a contratar.

De cualquier manera tampoco se ha de otorgar a una u otra interpretación de esta redacción tan concreta mayor trascendencia que la que tiene, en cuanto el propio artículo 150 TRLCSP determina al enumerar todos estos criterios, que son meramente ejemplificativos, y no cerrados o tasados. De hecho dispone “u otros semejantes”.

Esto es, lo que claramente se está exigiendo como requisito especial es que estos criterios sociales de adjudicación utilizados, estén directamente vinculados al objeto del contrato, pudiendo aplicarse los ahí previstos u otros similares.

Ante ello, un posible criterio de adjudicación de carácter social, que en su caso habría de cumplir el adjudicatario de un contrato determinado, podría ser el de tener un número o un porcentaje de trabajadores con discapacidad en plantilla directamente vinculados a la ejecución del objeto del contrato.

Y de igual manera que señalamos para el apartado anterior, existirían otras diversas opciones o variantes de este criterio de adjudicación, pudiendo diferenciar, entre otras muchas, si los trabajadores con discapacidad deben ser desempleados y contratados precisamente para la ejecución del contrato objeto del concurso, o si no resulta necesario que sean desempleados; o podrían proponerse otras fórmulas dónde no se concrete el número de trabajadores con discapacidad a contratar sino que únicamente se reseña el porcentaje que se aplicará a dicho criterio de valoración (un 10% o cualquier otro que no resulte totalmente determinante para la adjudicación), dejándose a la valoración del órgano de contratación la concreción de los puntos que se le otorga a cada licitador en función de la propuesta singular que efectúe; así como igualmente otra variante podría ser la de establecer una puntuación máxima a aquel licitador que oferte emplear un mayor número de personas con discapacidad, obteniendo el resto de las empresas licitadoras una puntuación decreciente y proporcional en función de su oferta, etc.

En todo caso recordemos que a tal criterio debe atribuirse una ponderación moderada, con lo que cumpliría las exigencias de la jurisprudencia comunitaria, que exige que esos criterios sociales deban tener un carácter complementario de los restantes criterios, sin que resulten decisivos para la adjudicación, y sin que atribuyan al poder adjudicador una libertad incondicional de elección. Una ponderación moderada entendemos que podría variar entre un 10% y un 30% (o entre 10 y 30 puntos, según la terminología a utilizar), porcentajes que en ningún caso resultarían totalmente determinantes para la adjudicación.

C. Criterio de desempate

La Disposición adicional cuarta, en su apartado 2, del TRLCSP (anterior DA sexta LCSP con ligeras modificaciones) faculta al órgano de contratación para establecer, en condiciones de igualdad, su preferencia por la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad superior al 2%.

En sus restantes apartados 3 (referido a empresas de inserción), 4 (sobre contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial y para las

proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro relacionadas con los mismos, y 5 (organizaciones de comercio justo) se prevén también otras opciones para dicho criterio de desempate, si bien la que más nos ocupa en nuestro caso es lógicamente la mencionada del apartado 2.

Concretamente la citada Disposición adicional cuarta, apartado 2 dispone que los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación.

Añadiendo que si varias empresas licitadoras de las que hubieren empatado en cuanto a la proposición más ventajosa, acreditan tener relación laboral con personas con discapacidad en un porcentaje superior al 2 por 100, tendrá preferencia en la adjudicación del contrato el licitador que disponga del mayor porcentaje de trabajadores fijos con discapacidad en su plantilla.

La citada Disposición adicional cuarta, en su apartado 2 básicamente, pretende primar, por tanto, a las empresas que proporcionen trabajo a más personas con discapacidad, lo cual fomentará o favorecerá la contratación de éstas, pese al innegable problema de que este criterio de desempate sólo sea aplicable en caso de empate absoluto, situación que no es muy usual que se alcance, sin perjuicio de que sí ha servido en algunas ocasiones de criterio efectivo de desempate

D. Reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo

La Disposición adicional quinta del actual TRLCSP (anterior DA séptima LCSP), denominada “contratos reservados” sigue permitiendo a cada órgano de contratación establecer la reserva de adjudicación de algunos contratos a favor de los Centros Especiales de Empleo o de su ejecución a programas de

empleo protegido. En tal sentido continúa reseñando que podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales, debiendo en el anuncio de licitación hacerse referencia a esta disposición en caso de utilizarse la misma.

Como sabemos, los Centros Especiales de Empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado y la prestación de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a la vez que ser un medio de inclusión del mayor número de personas con discapacidad al régimen de trabajo normal.

Estos centros ya han demostrado su eficacia y su productividad, llegando a convertirse en empresas consolidadas dentro de sus respectivos sectores, que ofrecen sus bienes y servicios al mercado en condiciones absolutamente competitivas.

De forma genérica la reserva obligatoria de ciertos contratos para determinadas entidades ya había sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y la reserva obligatoria de contratos en relación con los Centros Especiales de Empleo ya existía también a nivel internacional, por ejemplo, en el Reino Unido, o en ciertos estados de Estados Unidos, así como desde hace un tiempo en algunas de nuestras Comunidades Autónomas, que en sus normativas establecieron la reserva obligatoria a dichos Centros de un porcentaje de adjudicación de los contratos que se celebren en su ámbito respectivo.

En la actualidad, y con base en la Directiva 2004/18/CE, antes comentada, la anterior DA séptima LCSP y la actual DA quinta TRLCSP permiten que cada órgano de contratación pueda establecer esta medida en los contratos que

licite, constituyendo de esa manera una medida básica de acción positiva en materia de igualdad de oportunidades.

Los concretos contratos a reservar podrían ser seleccionados en base a un porcentaje del volumen de contratación anual, con lo que se evitaría que los contratos reservados fueran muy poco significativos a efectos económicos, sin que tampoco alcanzaran en absoluto un número excesivo.

Un porcentaje apropiado de reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo podría encontrarse en el entorno entre el 5% y el 10% del importe total anual de contratación, pudiendo quedar excluidos del cómputo los contratos de obras y de concesión de obra pública (por no ser éstos precisamente los que mayormente suelan ser prestados por Centros Especiales de Empleo y por suponer unos importes de contratación especialmente importantes).

No obstante, mientras no se prevea para las reservas de contratos algún porcentaje concreto del volumen de contratación anual o alguna otra fórmula para fijar el volumen de contratos reservados (ya las hay en diversas Comunidades Autónomas), los órganos de contratación también podrán proceder a dichas reservas en los contratos concretos en que lo entiendan más oportuno, en cuanto la facultad que les concede la DA quinta TRLCSP es de aplicación inmediata y directa en todo el territorio nacional al suponer legislación básica de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, a tenor de la Disposición Final segunda TRLCSP.

Lo que resulta evidente es que de producirse la reserva obligatoria (sea con el porcentaje o con el sistema que fuera) lo cierto es que podrá aplicarse a cualquier sistema de adjudicación e importe de licitación, dado que la DA quinta TRLCSP nada restringe al efecto los contratos sobre los que podría caber esta reserva.

E. Acreditación del cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, relativo a la obligación

de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes

Como hemos adelantado, considerábamos que ciertas medidas de la anterior LCSP y del nuevo TRLCSP podían considerarse incardinadas en un cierto punto intermedio en cuanto a su aplicación obligatoria o a elección del órgano de contratación. La que ahora nos ocupa sería una de ellas.

La Disposición adicional cuarta del TRLCSP, denominada "Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro", en su apartado 1 prevé (imperativamente) que los órganos de contratación ponderen, en los supuestos que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplen lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

Pero a su vez establece la posibilidad (potestativa) de que los mismos órganos de contratación exijan que esos licitadores acrediten el cumplimiento de lo establecido en tal Ley 13/1982, de 7 de abril, al determinar a tal efecto que, en su caso, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incorporar en la cláusula relativa a la documentación a aportar por los licitadores, la exigencia de que se aporte un certificado de la empresa en que conste tanto el número global de trabajadores de plantilla como el número particular de trabajadores con discapacidad en la misma, o en el caso de haberse optado por el cumplimiento de las medidas alternativas legalmente previstas, una copia de la declaración de excepcionalidad y una declaración del licitador con las concretas medidas a tal efecto aplicadas.

Esta disposición adicional, que en todo caso consideramos esencial, figuraba en el artículo 70 bis de la anterior Ley de Contratos del Sector Público, y había sido recientemente incorporada tras muchos esfuerzos, mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Con esta medida se está pretendiendo, a tenor de lo expuesto en la propia Exposición de Motivos de la citada Ley 26/2011, de 1 de agosto, donde se introdujo, promover una mayor contratación de personas con discapacidad en el mercado de trabajo ordinario, ordenando al Gobierno la revisión de la normativa legal y reglamentaria y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del dos % de los puestos de trabajo para personas con discapacidad en las empresas de 50 o más trabajadores.

Por todo ello, la presente medida incluida ya en la legislación de contratos es, sin duda alguna, un importantísimo y muy buscado logro, en la defensa de las personas con discapacidad.

Debiendo tener en cuenta que con independencia de que la normativa actual ya amparara algunas medidas similares a la que nos ocupa, previstas normalmente en normas de rango inferior a la Ley, ello no significa que no resultara del todo imprescindible -en aras de una mayor eficacia y seguridad- que la misma fuera implementada legalmente y de forma genérica y obligatoria a través de una modificación de la normativa de contratación pública, ya que ésta era la única manera de que pudiera ser real y efectivamente aplicada.

Y es que en la actualidad el cumplimiento de esta medida del 2% es muy inferior a lo que debía ser. Efectivamente, ante este gran incumplimiento existente de esta obligación legal (actualmente se entiende que el grado de cumplimiento de dicha cuota no sólo no llega al preceptivo 2% sino que se encuentra entre el 0,5% y el 1%) se consideraba necesario establecer por vía legal la imperiosa exigencia de acreditar, en su caso, el puntual cumplimiento de la normativa vigente en materia de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad o de la aplicación de medidas alternativas de carácter excepcional.

Como sabemos, realmente esta medida no crea ni añade ninguna obligación que no existiera previamente, ni tampoco supone ningún gasto para las Administraciones Públicas ni para las propias empresas. Lo único que hace es

recordar una obligación legal previamente existente y prever medidas para que dicha obligación legal, imperativa y exigible desde hace años en nuestro país (art. 38.1 de la antes citada Ley 13/1982, de 7 de abril), sea efectivamente cumplida.

De lo contrario, se estaría produciendo, además, un trato discriminatorio e injusto con las empresas que sí cumplen tal obligación legal; y se estaría otorgando una ventaja arbitraria a quienes no cumplen la misma, pudiendo ello generar incluso una competencia desleal de las empresas no cumplidoras hacia las efectivamente cumplidoras.

Pero es que, a mayor abundamiento de todo lo anterior, también debemos volver a destacar, como ya adelantamos en un momento previo, que esta inclusión es todavía en este momento actual más oportuna y necesaria que nunca, en cuanto a la misma ya se refería el Dictamen INT/570, Mercado Europeo de los contratos públicos, relativo al "Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", aprobado definitivamente por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 13 de julio de 2011. Al mismo nos referiremos seguidamente por los grandes progresos sociales que contiene en el campo de la contratación pública.

Además tampoco podemos olvidar que con esta medida se ha cumplido igualmente la Proposición no de Ley aprobada en fecha 28 de abril de 2010 por el Congreso de los Diputados, en la que se instaba al Gobierno a que promoviera las medidas necesarias, a fin de que la Administración General del Estado estableciera como requisito para la adjudicación de contratos públicos y para la concesión de subvenciones, que las empresas licitantes, colaboradoras o beneficiarias acrediten previamente el cumplimiento de la obligación de reserva de empleo para trabajadores con discapacidad, el de las medidas alternativas de carácter excepcional, o que se encuentran dentro de los supuestos que amparan la exención legal de dicho cumplimiento.

No obstante lo anterior, a estos mismos efectos hay que señalar en relación con la refundición efectuada por el TRLCSP, que el artículo 70 bis de la anterior LCSP, introducido como se ha dicho por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, no ha sido correctamente traspuesto al nuevo TRLCSP, habiéndose excedido éste en su labor refundidora, en cuanto lo ha remitido a un apartado (concretamente el 1) de la Disposición adicional cuarta del nuevo TRLCSP, cuando su localización previa era el citado artículo 70 bis LCSP, incardinado en el Título II, Capítulo II sobre "Capacidad y Solvencia del empresario", lo que resultaba muy significativo al encontrarse regulado dentro de dicho apartado, lo que no ocurre ya de ese mismo modo con el contenido de la actual Disposición adicional cuarta 1, tras esa nueva localización, considerando que esto resulta perjudicial para los intereses del colectivo de las personas con discapacidad, además de hacer que pierda una cierta visibilidad dentro del propio articulado.

3. Últimas actuaciones a nivel comunitario relacionadas con las políticas de inclusión de la discapacidad en la contratación pública

Como acaba de indicarse, para finalizar no queríamos dejar de hacer mención (y más aun teniendo en cuenta que el coponente de dicho Dictamen y figura absolutamente esencial en la aprobación del mismo fue Miguel Ángel Cabra de Luna) al Dictamen INT/570, Mercado Europeo de los contratos públicos, relativo al "Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE, hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente", aprobado definitivamente por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo en fecha 13 de julio de 2011.

Según hemos avanzado, este Dictamen, elaborado por la Sección Especializada de Mercado Único, Producción y Consumo del Comité Económico y Social Europeo, y aprobado por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo, contiene grandes progresos sociales en el campo de la contratación pública, entre los que destaca sin lugar a dudas que recomienda clara y expresamente que las empresas, a la hora de contratar con las

Administraciones Públicas, deben avalar el cumplimiento de las disposiciones legislativas nacionales pertinentes en el ámbito relativo al cumplimiento del requisito legal de tener un 2% de trabajadores con discapacidad en las plantillas de las empresas de 50 o más trabajadores.

¿Puede haber más garantías, precisamente a estos efectos, de que la exigencia de que los licitadores en el ámbito de la contratación pública presenten un certificado de la empresa o una declaración responsable de que cumplen o están exentos del requisito legal de tener un 2% de trabajadores con discapacidad en las plantillas de las empresas de 50 o más trabajadores, es una exigencia absolutamente acorde al Derecho comunitario? Resulta evidente que sí lo es. Y más cuando es esta medida exactamente, entre otras, la que el Comité Económico y Social Europeo está propugnando de manera expresa.

Por ende, si pocas dudas podían plantearse de acuerdo al Derecho comunitario sobre la importancia de que en el ámbito de la contratación pública europea estaba adquiriendo la utilización de medidas sociales y, muy en concreto, de medidas para la plena integración en el ámbito laboral de las personas con discapacidad, ninguna podrá quedar ya tras esta reciente aprobación en fecha 13 de julio de 2011 por el Pleno del Comité Económico y Social Europeo, del Dictamen INT/570. Por ello la aprobación definitiva de este Dictamen supone un espaldarazo definitivo a la posición de la Comunidad Europea en relación a la posibilidad de incluir importantes cláusulas sociales en la contratación pública.

Precisamente, y dentro de estas medidas sociales, podemos observar dos claras y principales recomendaciones del Comité Económico y Social Europeo en dicho Dictamen.

Por un lado, que al objeto de garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos los ciudadanos y en aras de la inserción social, se recomienda (apartado 5.15 del Dictamen) la adjudicación obligatoria de un número o porcentaje determinado de contratos específicos a Centros Especiales de Empleo (talleres protegidos para personas con discapacidad) en

aquellos Estados miembros en que exista un número importante de dichas personas con discapacidad que pueden trabajar pero que siguen inactivos, como acontece especialmente en España.

Por otro lado, con un especial énfasis y dedicación, también se recomienda taxativamente que los Estados miembros deberían exigir la presentación de declaraciones firmadas o declaraciones de conformidad de los licitadores (como podrían ser certificados o declaraciones responsables de los mismos) señalando que éstos cumplen las disposiciones legislativas aplicables en cada Estado en materia de inserción laboral de las personas con discapacidad, como, por ejemplo, la obligación de contratar a un número o porcentaje específico de personas con discapacidad, en aquellos países en los que existe dicha obligación jurídica, como acontece con nuestro país (apartado 5.13 del Dictamen).

Recordamos igualmente como en dicho Dictamen se está indicando de forma literal que los poderes adjudicadores pueden establecer libremente para las adjudicaciones requisitos específicos, incluidos los de carácter social, porque así lo exija la legislación europea y/o nacional (apartado 5.7) y que será a cada país a quien corresponda velar por la observancia de sus propias leyes en la materia (apartado 5.9).

Al igual que se manifiesta que en relación con las competencias en materia de contratación pública, sería conveniente obligar a los poderes adjudicadores a asegurarse que los licitadores satisfacen las normas sociales relacionadas con la integración de las personas con discapacidad, dado que sería contrario a la normativa europea y nacional que las autoridades públicas suscribieran contratos con entidades que no respetan la legislación en vigor (apartado 5.12).

En conclusión, todas las cláusulas sociales a las que nos venimos refiriendo no sólo muestran el claro compromiso y la especial sensibilidad de las Administraciones Públicas hacia las personas con discapacidad, aplicando medidas de acción positiva que favorezcan la inclusión de estas personas, sino que cuentan con una implementación práctica oportuna en los actuales

momentos, al no generar coste económico alguno y al incidir muy favorablemente en la creación de empleo.

En consecuencia, en la actualidad tenemos los medios para que en un plazo más o menos corto pueda conseguirse esa plena inclusión de las personas con discapacidad, propósito común de todas las civilizaciones avanzadas, pero su consecución efectiva requiere sin duda de la decidida concienciación e intervención de todas las Administraciones Públicas, así como de la imprescindible colaboración de las empresas privadas en este fin común, no sólo como sujetos pasivos de muchas de las medidas aprobadas, sino también como beneficiarios directos de las mismas y de la plena inclusión socio-laboral de los sectores afectados.

APORTACIONES DE LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA A LA NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Juan González – Badía Fraga
Abogado. Consultor
badiafraga@yahoo.es

Elisa Sala Mozos
Consultora. Investigadora
esalamozos@gmail.com

Índice

1. Fundamento constitucional de la normativa y políticas públicas autonómicas sobre discapacidad

2. Acercamiento a las políticas sectoriales sobre discapacidad en el ámbito Autonómico

    2.1. Accesibilidad
    2.2. Servicios Sociales
    2.3. Educación
    2.4. Salud
    2.5. Empleo
    2.6. Planes de Actuación

3. Reflexiones finales

1. Fundamento constitucional de la normativa y políticas públicas autonómicas sobre discapacidad

En España, analizar las políticas de atención a la discapacidad requiere, cuando menos, abordar una realidad conceptualizada y entendida de forma diversa a lo largo de la historia, que se enmarca como objeto de atención de varias políticas públicas, en el marco complejo del Estado de las Autonomías, y el reparto competencial establecido en la Constitución Española.

Nos encontramos ante un proceso histórico comenzado hace ya más de treinta años, definido y delimitado por los artículos 148 y 149 de la Constitución Española, y completado por los parámetros establecidos en cada uno de los 17 Estatutos de Autonomía. De hecho, es tras la caída de la dictadura y una vez entrada la democracia cuando la dimensión territorial cobra una especial relevancia en el desarrollo y aplicación de las políticas públicas. En el transcurso de estos más de 30 años, hemos asistido a un proceso en el que las Comunidades Autónomas han alcanzado una cuota de poder, de protagonismo político e institucional y de autodecisión no conocido históricamente (Cabra de Luna 2008). Este proceso, en cierto modo dinámico y no concluido aún, tiene un impacto directo en la calidad de vida y desarrollo de derechos de todos los ciudadanos en general, y de las personas con discapacidad y sus familias en particular.

La Constitución Española, en su Título Primero, desarrolla los derechos, deberes y libertades fundamentales de todos los españoles. A propósito de esos mandatos, las 17 Comunidades Autónomas hacen referencia, en sus respectivos Estatutos de Autonomía, a los derechos y deberes reconocidos en la Constitución como aquellos que todos los ciudadanos ostentan y que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar. Algunas Comunidades Autónomas como Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía, Aragón, Extremadura y Baleares, no solo hacen referencia a los derechos y deberes reconocidos en la Constitución, sino que también se remiten a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, a aquellos

instrumentos que forman parte del ordenamiento de la Unión Europea, y los establecidos en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma y Estatuto, ampliando, si cabe, el marco establecido por la Constitución Española.

En lo relativo a las personas con discapacidad, los mandatos establecidos en los artículos 9.2, 14 y 49 de la Constitución instan a los poderes públicos a fomentar la igualdad y el desarrollo individual de las personas; a impulsar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, religiosa, cultural y social; a eliminar los obstáculos que dificulten su plenitud; y a facilitar la accesibilidad a todos los ciudadanos mediante políticas de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de las personas con discapacidad.

Exceptuando Murcia, todas las Comunidades mencionadas hasta el momento han desarrollado procesos de reformas estatutarias recientes, haciendo patente así, el cada vez mayor poder de decisión de los gobiernos autonómicos y el proceso de territorialización de las políticas, acorde a su vez, con el proceso evolutivo de los sistemas de protección y atención, que avanza hacia una concepción más universalista y de reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales de toda la ciudadanía.

Hoy día, en la mayor parte de las sociedades avanzadas, más aún después de la promulgación de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por las Naciones Unidas en el año 2006, se avanza hacia una generalización del Modelo Social en todos los órdenes de la vida, es decir, hacia un enfoque de igualdad y no discriminación. A efectos prácticos de diseño, desarrollo y aplicación de políticas públicas, este hecho implica un cambio de lo individual a lo colectivo -del *targeting* al *mainstreaming*- y el reconocimiento de que el objetivo de las políticas ya no es la discapacidad en sí, sino la desventaja que la situación particular comporta a una persona con discapacidad en el entorno social, urbano, político y cultural en el que desarrolla su vida (Fantova 2007).

En España, la lectura de este proceso histórico y de definición de modelo necesariamente debe hacerse desde una perspectiva en el que se contemple el reparto de papeles entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Desde este enfoque, cabe señalar como ámbitos clave en el desarrollo de políticas públicas sobre discapacidad, los siguientes: asistencia social, accesibilidad, educación, empleo y salud. En estos cinco ámbitos, el Estado se reserva la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos (art 149.1.1.de la CE), la legislación laboral (149.1.7 de la CE), las bases y coordinación general de la sanidad (149.1.16 de la CE), la regulación de las normas básicas para el desarrollo de la educación (149.1.30 de la CE) y la legislación básica de la Seguridad Social (149.1.17 de la CE). Mientras tanto, las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en asistencia social (148.1.20) y, como consecuencia de la cada vez mayor territorialización de las políticas, han ido ampliando sus competencias en accesibilidad, sanidad, educación, y empleo.

Así pues, podemos afirmar que la atención a las personas con discapacidad ha sido asumida por las diferentes Comunidades Autónomas[286], en sus respectivos Estatutos de Autonomía, todo ello sin menoscabo de que el Estado pueda regular las condiciones básicas que regulen la igualdad, a través del artículo 149.1.1.

Algunas Comunidades Autónomas han elaborado normas generales sobre Discapacidad, dos de ellas le han dado rango de Ley como han sido la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Comunidad Valenciana, la primera a través de la Ley 1/1999, de 31 de Marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad; y la segunda con la Ley 11/2003, de 10 de abril, en la que se recoge el Estatuto de las Personas con Discapacidad.

[286] En algunos casos haciendo referencia explícita como es el caso de Cataluña, Región de Murcia, Comunidad Valenciana, Aragón, Extremadura y Castilla y León y en otros remitiéndose a los derechos reconocidos en la CE y otros instrumentos internacionales.

En ambas leyes podemos encontrar entre sus principios: la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la autonomía y la participación, muy en sintonía con los principios promulgados en la LIONDAU. Cabe resaltar que ambas leyes son anteriores a esta norma.

En cuanto al contenido, se regulan diferentes materias como la educación, el acceso al empleo, los servicios sociales (atención especializada, centros residenciales, centros de día, programas de respiro familiar, viviendas tuteladas, etc.), sanidad, empleo público, accesibilidad, acceso a la cultura, etc.; así como un régimen de infracciones y sanciones, el procedimiento sancionador y el órgano competente para resolver.

Estas dos Comunidades Autónomas han optado por sistematizar en una Ley las diferentes cuestiones que afectan a la discapacidad, aunque estas normas coexisten con otras normas sectoriales que regulan diferentes aspectos sobre la atención a personas con discapacidad, las cuales iremos viendo cuando tratemos diferentes áreas como la accesibilidad, los servicios sociales, la educación, la sanidad o el empleo.

2. Acercamiento a las políticas sectoriales sobre discapacidad en el ámbito autonómico

2.1. Accesibilidad

En uno de estos ámbitos como es la **accesibilidad**, las Comunidades Autónomas han asumido la competencia exclusiva[287], configurando ésta de forma diferente en las respectivas leyes de accesibilidad[288]. El proceso de desarrollo de competencias en la materia comienza en los años 80, como respuesta a la obligación de los poderes públicos de fomentar el desarrollo

[287] Por competencia exclusiva se entiende la potestad de legislar y ejecutar políticas públicas.
[288] A través de las obligaciones encomendadas a los poderes públicos en los artículos 9.2,14 y 49 de la CE y/o través del título competencial en materia de asistencia social, establecido en el artículo 148.20.

individual y la igualdad de las personas en la esfera política, económica y social, removiendo los obstáculos que la limitan[289].

Tal y como se especifica en el Libro Verde de la Accesibilidad en España (Alonso 2002), el proceso comenzó concretamente a partir de dos Decretos sectoriales -sobre supresión de barreras urbanísticas y supresión de barreras arquitectónicas- en el País Vasco. A continuación siguieron Murcia, Comunidad Valenciana y La Rioja. Más tarde, ya entrada la década de los 90, Cantabria y Andalucía dieron el paso.

En congruencia con los procesos históricos mencionados hasta el momento, se aceptó regular la accesibilidad como garantía de derechos, pero con reservas, siendo esta la razón por la cual se enmarcó en la figura jurídica de Reglamento.

En 1988, Navarra fue la primera en reconocer la accesibilidad como una cuestión de derechos sin ningún tipo de reserva, y por ende, pionera al incluir el cumplimiento de obligaciones relacionadas con la accesibilidad en el marco de una Ley[290]. Más tarde, en 1991, Cataluña promulgó una Ley de Accesibilidad cuya estructura copiarían el resto de las Comunidades Autónomas en los años siguientes. Ésta responde a una división en los epígrafes sectoriales de urbanismo, edificación, transporte y comunicación, que se complementa con los epígrafes en los que se define un Consejo para la Promoción de la Accesibilidad y se establece un fondo para la supresión de barreras.

En general, la legislación de accesibilidad de las 17 Comunidades Autónomas puede considerarse un marco normativo amplio y detallado que, con notables resultados a lo largo de los años, ha servido de acicate para la promoción de la accesibilidad en los diferentes territorios, ya que todas las actuaciones que, con carácter general, se han venido realizando en materia de accesibilidad, se han enmarcado en los Planes Especiales de Actuación o Planes de Supresión de Barreras, principal instrumento de promoción de la accesibilidad definido en la mencionada normativa. No obstante, son también características comunes a

[289] Obligación definida en los artículos 9.2 y 14 de la CE y/o en los 17 Estatutos de autonomía.
[290] Ley Foral 4/1988 de Supresión de Barreras Físicas y Sensoriales

todas las normas de accesibilidad de esta generación, cierta imprecisión en el texto legal, desarrollo insuficiente en varios epígrafes, la concepción de la accesibilidad como un aspecto sectorial sin vinculación alguna con el resto de normativa relacionada con la materia (urbanismo, transporte, comunicación y edificación) y en general, la existencia de varios problemas de aplicabilidad (Sala y Alonso 2006).

Así mismo, todas ellas se fundamentan en el concepto de la Supresión de Barreras y no incluyen en su articulado el Diseño para Todos, limitando el concepto de accesibilidad y mermando la eficacia de las políticas y de los programas. También es cierto que en su mayoría adolecen de la falta del correspondiente desarrollo reglamentario (ya sea porque no desarrollaron ningún reglamento, ya sea porque lo hicieron de forma parcial) hasta bien entrado el año 2000

El verdadero salto cualitativo y cambio al modelo social se materializa en España en el año 2003, a partir de la promulgación de la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (en adelante LIONDAU). Complementándose con las medidas de acción positiva desarrolladas en la LISMI, la promulgación de la LIONDAU consolida un modelo de atención a la discapacidad que opera simultáneamente sobre las condiciones personales y las condiciones ambientales. Este nuevo enfoque cada vez da más cabida a la lucha contra la discriminación y la promoción de la accesibilidad universal como una condición imprescindible para el ejercicio de derechos en igualdad de condiciones.

Este nuevo escenario hace necesaria una revisión, cuando no renovación, del marco normativo autonómico sobre accesibilidad, que, fundamentándose en los ejes establecidos por la LIONDAU y la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, incorpore la concepción amplia de la accesibilidad universal.

Como síntoma de esta necesidad surgen los Reglamentos de Andalucía y Madrid en los años 2007 y 2009 respectivamente, pero esta vez ampliando el

concepto de accesibilidad y unificando el proceso evolutivo de la concepción de la accesibilidad a escala autonómica, con el nuevo marco establecido en torno a la igualdad de oportunidades a escala nacional e internacional.

Una vez más, es Navarra la pionera en otorgar el rango de Ley a la nueva concepción y desarrollo de políticas de accesibilidad con la promulgación de Ley Foral 5/2010, de 6 de abril, de Accesibilidad Universal y Diseño para Todos para todas las Personas, dando comienzo así, al proceso de elaboración de leyes de accesibilidad de segunda generación[291].En este proceso son muchos los cambios y avances que deben producirse, entre otros: una revisión y renovación de conceptos que acoja los principios modernos de desarrollo de políticas de igualdad y no discriminación, un desarrollo exhaustivo de los parámetros de accesibilidad en el campo de la comunicación y las nuevas tecnologías, y la inclusión entre su articulado de aspectos transversales como es la accesibilidad en las relaciones con las Administraciones Públicas, la participación activa y los sistemas de gestión de la accesibilidad.

Así mismo, como elemento clave de este nuevo enfoque y de la regulación de la accesibilidad en el marco de la igualdad de oportunidades, es de resaltar la circunscripción de los intereses de un grupo social determinado, como es el del colectivo de las personas con discapacidad, el aumento de la calidad de vida de toda la población y la mejora de la sociedad.

Otro ámbito a tener en cuenta en relación con la accesibilidad es el de la regulación de la **Lengua de Signos en España**. Así, es necesario mencionar la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las Lenguas de Signos Españolas y se regulan los Medios de Apoyo a la Comunicación Oral de las Personas Sordas, con Discapacidad Auditiva y Sordociegas, con la que se intenta subsanar la situación de desigualdad que viven las personas con discapacidad auditiva promoviendo un mayor acceso de esta población a la información y la comunicación.

[291] Otras Comunidades Autónomas como Cataluña comenzaron el proceso de nuevos desarrollos reglamentarios de accesibilidad y lo abandonaron para comenzar el proceso de desarrollo de una nueva Ley.

En este sentido, cabe destacar que el lenguaje es un canal básico para la vertebración de las relaciones sociales y el principal instrumento para ejercer todos los derechos relacionados con la comunicación y la información. Pero éste es un Estado autonómico plural, en el que conviven varias y diferentes lenguas que han tenido su propio desarrollo a lo largo de la historia. En relación con la Lengua de Signos, es de resaltar que no existe un bilingüsimo equiparable al resto de las lenguas. Un ejemplo de ello es el desarrollo de la Lengua de Signos Catalana como lengua propia de las personas sordas y signantes en Cataluña, que se ha desarrollado en el territorio catalán como lo ha hecho la Lengua de signos Española en el resto del territorio.

El proceso empezó al igual que el de la Lengua de Signos Española pero es de destacar como primer hito en este campo la aprobación en 1994, por parte del Parlamento Catalán, de la Proposición no de Ley sobre la Promoción y Difusión del Conocimiento de la Lengua de Signos Catalana. Este fue el inicio de un proceso en el que se fueron desarrollando estudios e investigaciones que dieron lugar a una bibliografía extensa, hasta que en 2006 se reconoció en el Estatuto de Autonomía, la Lengua de Signos Catalana (Artículo 50.6 del Estatuto de Autonomía) y finalmente se aprobó la Ley 17/2010, de 3 de Junio, de la Lengua de Signos Catalana.

Esta Ley regula la Lengua de Signos Catalana como sistema lingüístico propio y vía para garantizar la igualdad de las personas sordas y personas sordociegas, signantes en Cataluña. Así mismo, también regula el aprendizaje, la docencia e interpretación de la misma, y se establecen los órganos de investigación y participación del colectivo.

Un caso diferente es el de la promulgación de la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, por la que se regula el uso de la Lengua de Signos Española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera en Andalucía, que en base a los preceptos establecidos a nivel internacional para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad, los establecidos en la Constitución Española, en el propio Estatuto de Autonomía y en la Ley 1/1999, de 31 de Marzo, de Atención

a las Personas con Discapacidad en Andalucía, regula, en territorio andaluz, el uso de la lengua de signos española y los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas con discapacidad auditiva o con sordoceguera.

En este caso, la norma desarrolla las medidas necesarias para garantizar y hacer efectivo en Andalucía el respeto, protección, enseñanza y uso en condiciones de igualdad de la lengua de signos española. Así mismo, amplía la legislación estatal sobre esta materia, para aplicarla en los ámbitos de los servicios públicos, las relaciones con las Administraciones, el transporte, los medios de comunicación, la participación política y las telecomunicaciones en Andalucía.

2.2. Servicios Sociales

En lo que respecta a los **Servicios Sociales**, una vez más es necesario remitirse a la Constitución Española como el punto de partida a partir del cual se hilvana el entramado jurídico y administrativo correspondiente[292]. Así, la Constitución atribuye competencia exclusiva en materia de Servicios Sociales a las Comunidades Autónomas en base a su artículo 148.1.20, y las Comunidades Autónomas han asumido esta competencia de forma diversa en sus respectivos Estatutos[293].

El proceso de desarrollo de la legislación autonómica de Servicios Sociales comenzó en la década de los 80. El objetivo no era otro que implantar un sistema público de Servicios Sociales que pusiera a disposición de aquella población que lo necesitaba, recursos, acciones y prestaciones para el logro de

[292] La CE no contiene de manera explícita el reconocimiento del sistema público de Servicios Sociales sino que utiliza el término asistencia social sin definir su contenido. No obstante, dicho reconocimiento se deduce de la lectura del texto constitucional, en el que implícitamente se lee un compromiso hacia la política social y el desarrollo de derechos sociales (art 1.1.y capítulo II del Título I sobre los principios rectores de la política social y económica).

[293] La mayoría adoptan el término constitucional de AASS. Algunas de ellas, como Canarias, Castilla La Mancha y Castilla León vinculan el concepto a los SS.SS. A causa de la diferencia de términos algunas autonomías asumen la competencia exclusiva a partir del artículo 149.3. Algunas lo han hecho especificando la adquisición de servicios determinados y otras de forma genérica.

su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que originaban o conducían a la exclusión.

En todas las Leyes autonómicas de esta generación, los servicios sociales se clasifican entre comunitarios y especializados[294]. Los comunitarios constituyen la estructura básica del sistema público de servicios sociales, y tienen como finalidad una mejora de las condiciones de vida mediante una atención integral y polivalente. Los especializados, por el contrario, son aquellos dirigidos a sectores determinados de la población, que por sus circunstancias necesitan una atención específica. Así, los servicios de atención a la discapacidad se estructuran entre los servicios especializados de atención, entre los cuales podemos mencionar, los centros de día, residencias, centros ocupacionales etc.

A pesar de que la mayoría de estas leyes son iguales en cuanto a estructura y concepto, las mismas se rigen sobre los mismos principios, aún teniendo diferentes planteamientos políticos y técnicos, establecen diferentes criterios de acceso a los servicios, ofrecen una cobertura dispar y también dan un papel diferente a la iniciativa privada. De hecho, esta heterogeneidad alcanza el contenido referente a la protección, la gestión y la financiación, posibilitando así, no solo la diversidad en cuanto al desarrollo de modos técnicos, sino la desigualdad territorial en cuanto a intensidad de protección e incluso acceso al sistema de atención y protección social (Casado 2007). En efecto, a diferencia del sistema de salud y educación, el sistema de protección de servicios sociales que emanaba de la legislación autonómica de esta generación no definía claramente el derecho subjetivo de acceso a los servicios sociales, por lo que no era universalista.

Una demanda social a la que tradicionalmente se daba cobertura, de forma insuficiente, desde el sistema de servicios sociales (conjuntamente con salud), era la dependencia. Pero en España, como en el resto de los países desarrollados, como consecuencia del envejecimiento de la población, hace

[294] La clasificación de los servicios en esta estructura se mantiene en las Leyes de Servicios Sociales de generaciones posteriores.

tiempo que el fenómeno de la dependencia se expresa en nuestra sociedad como una cuestión de extremada relevancia social y económica. Por ello, al igual que en muchos otros países europeos, se tomaron medidas dirigidas al desarrollo e implantación de un nuevo sistema de protección social para aquellas personas que ven reducida su autonomía. Como primera medida esencial se promulgó la Ley 39/2006 de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia (en adelante LAPAD), que regula el Sistema de Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD). Con su promulgación se busca garantizar unas prestaciones y servicios mínimos de protección y atención de ámbito estatal, en las mismas condiciones para todos los ciudadanos.

La fundamentación jurídica de una ley de estas características radica en el desarrollo de los derechos sociales. Justamente, uno de los grandes cambios producidos con su promulgación es el reconocimiento del derecho a la protección social de la dependencia, concretando las prestaciones que lo hacen efectivo, determinando el sujeto de derecho (persona dependiente, cuidador y/o familia en su caso) y los órganos responsables.

Con la promulgación de la LAPAD comienza el proceso de relegación de los servicios sociales como sistema de segunda, a su equiparación al sistema de salud y/o educación. Pero, si bien es cierto que este nuevo escenario exige una revisión de la legislación autonómica de servicios sociales, también lo es el hecho de que Comunidades Autónomas como Asturias, Galicia, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana y País Vasco (entrada la década de los 90 y comenzando los años 2000) ya habían comenzado un proceso de reforma de su cuerpo normativo con objeto de hacer frente a las nuevas necesidades de asistencia social emanadas no solo del progresivo y creciente envejecimiento de la población, sino de los cambios en la estructura familiar (proliferación de familias monoparentales, desmembración y reducción de los núcleos familiares y movilidad geográfica), e incorporación de la mujer al mercado de trabajo, así como de la transformación del tejido económico y crecimiento de la situación de desempleo, conjuntamente con el aumento de las corrientes migratorias.

Varias de las Leyes de servicios sociales de esta generación se fundamentan también en la necesidad de una mejor y más precisa definición conceptual, una mayor delimitación del campo de actuación de los servicios sociales, tipificación de las prestaciones, y modelo organizativo que, en congruencia con la evolución de la conceptualización de la discapacidad y paulatina pero progresiva consolidación del modelo social, incluya una visión menos asistencialista y más enfocada a la participación activa de los usuarios.

Finalmente, a partir de 2006 se inicia un segundo proceso de reforma de las Leyes de servicios sociales (esta vez impulsadas por los cambios generados por la LAPAD) que da lugar a la legislación de servicios sociales de tercera generación[295]. Con este proceso se busca una adecuación de la red de servicios sociales a una nueva realidad social que avanza hacia la consolidación de sistemas de garantía de derechos sociales. Por fin se rompe con la estigmatización de los servicios sociales y se materializa una universalidad que se ve reforzada por la identificación de derechos subjetivos, y la vinculación directa de estos derechos a las prestaciones. Se incluyen especificaciones sobre la creciente participación de las entidades privadas en la provisión de servicios y se establecen criterios para la gestión de la descentralización a escala local, así como para la introducción de estándares de calidad.

En consonancia con los principios que sustentan el modelo social, se consolida un cambio de enfoque, pasando del puro asistencialismo al usuario de servicios sociales como sujeto activo con posibilidad de elección y participación en su propio proceso de diseño del plan de atención, lo que a su vez requiere un conocimiento de sus propios derechos de las personas usuarias del sistema, de los servicios y de las prestaciones.

2.3. Salud

[295] Este proceso lo han comenzado las siguientes Comunidades Autónomas con la promulgación de sus respectivas Leyes autonómicas de Servicios Sociales: Navarra (Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales), La Rioja (Ley 3/2007, de 1 de marzo, de Calidad de los Servicios Sociales), Cataluña, (Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales), Cantabria (Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales) y Aragón (Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales)

Las Comunidades Autónomas son competentes en materia de sanidad y salud, y tienen transferida la gestión del Sistema de Salud; las iniciativas con relación a las personas con discapacidad corresponden de forma principal a aquellas, sin olvidar la regulación del marco general estatal para garantizar la igualdad de todos los españoles.

Antes de entrar en la regulación autonómica, debemos citar dos importantes normas de rango estatal.

En la **Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud**, podemos encontrar dos principios informantes muy importantes con relación a la discapacidad:

- Su artículo 2 establece la prestación de una atención integral a la salud comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad.
- En el capítulo VII se regulan los planes integrales estableciendo al respecto, que sin perjuicio de las competencias autonómicas, el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las CCAA, a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y en colaboración con las sociedades científicas, elaborarán planes integrales de salud sobre las patologías más prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar, garantizando una atención sanitaria integral, que comprenda su prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

En referencia a la discapacidad, dentro de esta Ley, debemos destacar la prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones; la atención paliativa a enfermos terminales, la prestación ortoprotésica y los elementos necesarios para mejorar la calidad de vida y autonomía del paciente. También se regula que el transporte sanitario sea accesible a las personas con discapacidad, así como que los centros sanitarios de nueva creación cumplan con las normas vigentes en materia de promoción de la accesibilidad y de eliminación de barreras de todo tipo, y que las Administraciones Públicas

sanitarias promuevan programas para la eliminación de barreras en los centros y servicios sanitarios que, por razón de su antigüedad u otros motivos, presenten obstáculos para los usuarios con problemas de movilidad o comunicación.

En la **Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública**, aprobada recientemente, podemos destacar las siguientes disposiciones relativas a la discapacidad**:**

- Derecho a la igualdad. Todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de, entre otras causas, discapacidad.
- Principio de equidad. Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad.
- Políticas de prevención. La prevención tendrá por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de esta Ley.
- Accesibilidad en la información.

Las Comunidades Autónomas, en desarrollo de los preceptos constitucionales y de sus Estatutos de Autonomía, han ido configurando una batería de instrumentos jurídicos mediante los que organizan sus competencias en materia de sanitaria. Se trata básicamente de leyes de salud y de ordenación sanitaria.

Actualmente nos encontramos con la actualización de la normativa sanitaria, y son muchas las Comunidades Autónomas que han aprobado recientemente

Leyes de Salud Pública (Extremadura, Comunidad Valenciana, Castilla y León, Galicia, Baleares, Cantabria, Cataluña) y otras que se encuentran en proceso de tramitación parlamentaria (Andalucía, País Vasco, Aragón). Pasamos a hacer un breve resumen de los aspectos más relevantes de esta regulación:

- Entre los **principios**, nos encontramos el principio de igualdad efectiva (Aragón) que establece que las políticas y actuaciones en materia de salud pública velarán por la superación de las desigualdades sociales, económicas, culturales, territoriales y de género que en clave sanitaria puedan ser causa de discriminación o impidan la igualdad real y efectiva de las personas; el principio de accesibilidad o de igualdad en el acceso a las prestaciones sanitarias (Castilla y León); el principio de accesibilidad universal conforme a lo dispuesto en la LIONDAU y en la CIDPD (Galicia).

- En cuanto a los **derechos**, encontramos el derecho a la no discriminación por razón alguna (Cantabria, Andalucía), el derecho de protección de la salud y a la atención sanitaria (Galicia), el derecho a la confidencialidad (Galicia, País Vasco), o el derecho a la igualdad de oportunidades (País Vasco).

- Hay Comunidades Autónomas que establecen que las personas con discapacidad, incluyendo a las personas con enfermedad mental, y las que padecen enfermedades crónicas, terminales y discapacitantes tendrán derecho a **actuaciones y programas sanitarios específicos y preferentes** dentro del Sistema Sanitario Público (Extremadura, Cantabria, Castilla y León, Galicia, Andalucía).

- En relación con las **actividades de salud pública**, podemos destacar las siguientes: Promoción y protección de la salud mental y prevención de los factores de riesgo (Extremadura); Promoción y protección de los hábitos de vida saludables de las personas con discapacidad (Andalucía, Extremadura, Cataluña); Prevención de la discapacidad (Baleares, Cataluña, Andalucía, País Vasco); Realización de estudios que permitan analizar y determinar los condicionantes que dificultan la

igualdad de oportunidades en materia de salud (Cantabria); Estudios epidemiológicos precisos para conocer, prevenir y planificar la asistencia en relación a los discapacitados (Galicia, Andalucía); Prestaciones ortoprotésicas (Galicia); Vigilancia de las desigualdades en salud y en el acceso a los servicios de salud que puedan tener su origen en situaciones de discapacidad (Andalucía); Prevención de los problemas de salud bucodental en personas con trastorno mental grave o personas con gran discapacidad (Andalucía); Diagnóstico precoz e intervención intersectorial en casos de violencia de género o maltrato a personas con discapacidad (Andalucía, País Vasco); Identificación precoz de las circunstancias o problemas de salud que hagan evolucionar la enfermedad a discapacidad o ésta a dependencia (Andalucía, País Vasco), y Sensibilización sobre las necesidades de las personas con discapacidad (Galicia).

- Con relación a la **accesibilidad**, la difusión de la información sobre los servicios sanitarios a los que puede acceder el ciudadano, la cartera de servicios y de los derechos y deberes deberán ser accesibles (Cantabria, Cantabria, Comunidad Valenciana, Andalucía), así como el transporte sanitario (Galicia).

- Se reconoce la **atención sociosanitaria**, en el marco del Sistema Público de Salud, para los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia, la rehabilitación a las personas con déficit funcional recuperable y la atención sanitaria a las personas con problemas de salud secundarios a su discapacidad (Castilla y León, Galicia).

- En relación con el régimen de **infracciones y sanciones**, se tendrá en cuenta la incidencia de la infracción sobre grupos de población especialmente vulnerables como las personas con discapacidad (Aragón)

- Participación en **Consejos Autonómicos de Salud** (Castilla y León).

El CERMI, en su informe sobre Derechos Humanos y Discapacidad del año 2.010 propone la implantación de un verdadero modelo de coordinación sociosanitaria, transformando el actual modelo de competencias fragmentadas en un modelo de responsabilidad compartida, centrado en las necesidades de la persona usuaria.

2.4. Educación

Al igual que con la legislación sanitaria y sobre empleo público, las Comunidades Autónomas tienen un papel fundamental en la regulación de la educación general, teniendo que cumplir y desarrollar los dictámenes marcados por la Ley Orgánica de Educación.

Esta norma, piedra angular de todo el sistema educativo, requiere de una serie de desarrollos legislativos por parte de las Comunidades Autónomas que acaban plasmándose en 5 Decretos u Órdenes: las normas que desarrollan la ordenación y currículo de la educación primaria y la educación secundaria, las normas que regulan la evaluación tanto en primaria como en secundaria; y la admisión de los alumnos en los centros educativos. Esto es lo que podríamos llamar el núcleo central de la educación obligatoria.

Entre las disposiciones transversales, que afectan tanto al currículo como a la evaluación y admisión, encontramos que algunas Comunidades Autónomas han regulado derechos y deberes del alumnado. Si nos centramos exclusivamente en la atención educativa de este colectivo, vemos como aparecen Decretos que ordenan las necesidades educativas especiales (en adelante NEE) del alumnado con discapacidad. Se trata de una regulación más exhaustiva, que contempla entre otras medidas, las adaptaciones curriculares en la educación no universitaria, lo que conlleva una mayor concreción de lo dispuesto en los Decretos u Órdenes de evaluación en la educación obligatoria.

Así pues, los Decretos de ordenación de las NEE suponen una regulación transversal, que tal y como se ha expuesto, afecta a la admisión, el currículo y la evaluación de los estudiantes con discapacidad.

Vamos a pasar a analizar el contenido de la normativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas en relación con la discapacidad:

En cuanto a la **admisión**, todas las Comunidades Autónomas regulan la admisión e incorporan en su articulado la no discriminación en el acceso a la escolarización.

Asimismo algunas establecen la reserva de plazas en centros que estén dotados de recursos para atender al alumnado con discapacidad, como es el caso de Canarias, Cataluña, Galicia, Extremadura, Murcia, Navarra, La Rioja, Cantabria, Andalucía y Comunidad Valenciana.

Por otra parte, y en desarrollo de la LOE, cuando no haya plazas suficientes para todos los solicitantes, la concurrencia de discapacidad en el alumno o en algún miembro de su familia es causa de admisión preferente para la escolarización en dicho centro.

Hay que destacar lo que ocurre en Castilla – La Mancha, donde una Comisión constituida al efecto se encarga de estudiar en qué centro debe escolarizarse el alumno con discapacidad; el caso de la Comunidad Autónoma Vasca donde es el Delegado Territorial de la Consejería competente, siendo asesorado previamente, el que decide; o el informe de escolarización que se elabora en Navarra y que determinará la escolarización del alumno.

Por último, es la Comisión de Escolarización la encargada de velar por la salvaguardia de los derechos reconocidos anteriormente. Así pasa en Canarias, Castilla y León Extremadura, Navarra, La Rioja y Comunidad Valenciana.

En relación con los **principios y objetivos**, las Comunidades Autónomas reproducen lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación, y destacan como objetivos los de aceptar el funcionamiento del propio cuerpo y respetar las diferencias, la no discriminación, le educación común y la atención a la diversidad. Algunas Comunidades citan la educación inclusiva (Cataluña y País

Vasco) que debe conllevar los principios de integración, normalización, sectorización de la atención educativa e individualización de la enseñanza.

Debe contemplarse una función de **tutoría** para todos los alumnos, en la educación primaria a través del maestro tutor por clase, y en la educación secundaria mediante el Departamento de Orientación (algunas Comunidades Autónomas lo reconocen en su normativa como es el caso de Canarias, Cataluña, Galicia, Extremadura, País Vasco, Andalucía, Cantabria y Comunidad Valenciana). Resulta clave para alcanzar el máximo rendimiento académico del alumno que exista un tutor individualizado para cada alumno con discapacidad con el fin de que pueda realizar un seguimiento continuado.

Las **medidas de atención a la diversidad** que contemplan todas las CCAA en sus Decretos son las mismas que establece la LOE y sus Reales Decretos de desarrollo en primaria y secundaria (atención personalizada, establecimiento de mecanismos de refuerzo, adaptaciones significativas, evaluación de diagnóstico, ampliación de la escolarización, etc.).

Algunas Comunidades Autónomas, como Extremadura, Castilla y León, Castilla – La Mancha, Cantabria y País Vasco, establecen **planes de atención a la diversidad**.

En relación a la **autonomía de los centros**, éstos deben adoptar las medidas dispuestas en la Ley que permitan satisfacer las necesidades de los alumnos. Para ello elaboran el proyecto educativo del centro donde se insertan las mismas.

Algunas Comunidades Autónomas destacan el papel fundamental que tiene la **evaluación**, al igual que hace la LOE, para detectar las carencias del alumnado y poner en marcha programas de refuerzo educativo (Canarias, Andalucía, Cantabria, Castilla y León, Navarra, Galicia y Murcia)

Determinadas Comunidades Autónomas han legislado sobre los **derechos y deberes** del alumnado (Canarias, Asturias, Andalucía, Navarra, Castilla y León,

Cataluña y Comunidad Valenciana) y destacan el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación, el derecho a la orientación educativa, el derecho a la protección social e, igualmente, tipifican como actos graves las injurias contra alumnos con discapacidad.

Todas las Comunidades Autónomas contemplan la posibilidad de realizar **adaptaciones curriculares, tanto de acceso al currículo como significativas.** Incluso la Comunidad Autónoma Vasca regula, a través de una Orden, el procedimiento para su solicitud, contenido, tramitación y evaluación. El problema deviene cuando acceden a la Universidad ya que a nivel estatal no hay nada regulado para esta etapa.

Las Comunidades Autónomas de Canarias, Cantabria, Andalucía, Cataluña, Galicia, País Vasco y Comunidad Valenciana hacen mención expresa en sus normativas a la necesidad de que los centros reciban **recursos complementarios** que les permitan contar con los **recursos humanos y materiales necesarios** para prestar un servicio adecuado a sus alumnos con discapacidad.

Las Comunidades Autónomas de Canarias, Cataluña, Galicia, País Vasco, Navarra y Comunidad Valenciana han desarrollado Decretos u Órdenes donde **ordenan los recursos que dedican a los alumnos con discapacidad**. Podemos destacar las siguientes singularidades:

- Establecimiento de un catálogo de programas hacia alumnos con discapacidad (Canarias, Cantabria, País Vasco, C. Valenciana) y de recursos humanos necesarios (Canarias, Cataluña, Galicia, País Vasco, C. Valenciana)
- Proceso de identificación, evaluación y determinación de las NEE (Cataluña, Galicia, País Vasco, Andalucía, Cantabria C. Valenciana)
- Regulación de los Centros de Educación Especial (Cataluña, Cantabria, Galicia, c. Valenciana)
- Regulación de la colaboración entre los centros ordinarios y los centros de educación especial (Cataluña, Galicia)

- Formación del profesorado (País Vasco, C. Valenciana, Cantabria, Andalucía)
- Establecimiento de medidas por tipos de discapacidad (País Vasco)

El CERMI, a través del Manifiesto del 3 de diciembre de 2010, reclamó a los poderes públicos que se tomen medidas para garantizar una educación inclusiva de las personas con discapacidad, conforme a la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, entre las mismas podemos destacar las siguientes: que se garantice el principio de acceso normalizado del alumnado con discapacidad a los recursos educativos ordinarios, la detección precoz de las necesidades de apoyo educativo, la revisión y actualización urgentes de la legislación estatal y autonómica en materia educativa para ajustarla plenamente al paradigma de la educación inclusiva que establece la CIDPD, garantizar la libre elección del proceso educativo por parte del alumnado con discapacidad o de sus familias, que se apueste por la formación inicial y permanente del profesorado para intervenir satisfactoriamente sobre la necesidades del alumnado con discapacidad, que se aseguren que los proyectos educativos de los centros incorporen planes de atención a la diversidad, que el Plan de Becas y Ayudas al Estudio esté al alcance de todos los estudiantes con discapacidad, y que se adopten las medidas económicas para que ningún alumno quede privado de la inclusión educativa por falta de recursos.

2.5. Empleo

Numerosas Comunidades Autónomas han ampliado las previsiones que se contienen en la LISMI (bien a través de normativa, o a través de planes generales o específicos de actuación), asumiendo además el contenido de las Directivas europeas 2000/43/CE y 2000/78/CE, relativas a la aplicación de la igualdad de oportunidades y trato en el ámbito laboral de las personas con discapacidad.

Las medidas más habituales, las toman sobre el empleo público, como vamos a ver a continuación.

El Título IV del Capítulo I del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), en su artículo 59, bajo la rúbrica *personas con discapacidad* establece específicamente dos previsiones que vienen a contemplar lo dispuesto por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados y por el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad:

a) Que en las ofertas de empleo público se reserve un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las funciones y tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

b) Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

Asimismo, debemos destacar otra serie de aspectos que marca el EBEP:

- Se entiende por persona con discapacidad aquella a quien se le haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33% (Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía).
- Superación de los correspondientes procesos selectivos y necesidad de acreditación tanto de la discapacidad como de la compatibilidad con el desempeño de las tareas.
- Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo.
- Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para, una vez superado el proceso selectivo, establecer las adaptaciones necesarias en el puesto de trabajo.

Hay que destacar que el cupo de reserva del 5% de las vacantes es de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas del Estado Español.

El impacto de la aplicación generalizada de dicha norma, si bien es importante porque obliga a todas las Administraciones a alcanzar un mínimo común, ha de ser relativo, ya que muchas de ellas ya habían adecuado su normativa propia a los dictados de Ley 53/2003, de 10 de Diciembre, sobre Empleo Público de Discapacitados, e incluso alguna, como se verá más adelante, ya había superado dicho porcentaje de reserva.

Por otra parte, la reserva del 5% de las vacantes en las ofertas de empleo público será también de aplicación a empresas públicas, consorcios, etc. cualquiera que sea la dimensión de su plantilla, no siendo de aplicación en este caso la limitación de 50 o más trabajadores que recoge la Ley Integración Social de Minusválidos (LISMI).

Vamos a ver algunas particularidades que se establecen en la regulación autonómica de acceso al empleo público (Martínez Hernández 2009):

- Se promulga de manera explícita el **principio de igualdad de trato** de las personas con discapacidad en el acceso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo (Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León, Murcia, País Vasco).
- Se establece la necesidad de que el **grado de discapacidad** sea compatible con el desarrollo de las funciones del puesto de trabajo (Andalucía, Baleares, Canarias, Cataluña, Extremadura, La Rioja, Madrid).
- En todas las Comunidades Autónomas se respeta el **cupo de reserva** del 5% establecido en el EBEP. Algunas Comunidades elevan este porcentaje al 6% (Comunidad de Madrid), al 7% (Galicia, La Rioja) y al 10% (Castilla y León).
- Existe una **regulación especial para las personas con discapacidad intelectual** -retraso mental leve o moderado- que podrán participar en las pruebas selectivas con reserva exclusiva y bases diferenciadas (Andalucía,

Baleares y Extremadura), estableciéndose un **cupo de reserva** para las personas con este tipo de discapacidad (Baleares y Extremadura 0,5% y Andalucía 1%).

- Algunas Comunidades Autónomas marcan el objetivo de lograr que el **2% de su plantilla** esté compuesto por personas con discapacidad (Aragón, Baleares, Cataluña, La Rioja, Murcia, País Vasco, Comunidad Valenciana).
- Se establece la obligación de que exista una **adecuación de destino a las circunstancias personales** de las personas con discapacidad (Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla – La Mancha, Murcia).
- Por otra parte, los aspirantes que hayan concurrido a las pruebas selectivas por el turno de discapacidad y no hayan obtenido plaza, podrán ser seleccionados para desempeñar puestos de trabajo con carácter temporal, en régimen de personal interino o de personal laboral temporal, reservándose una cuota mínima de las vacantes que vayan a proveerse a través de una **bolsa de trabajo para las personas con discapacidad** que reúnan los requisitos para ser seleccionados (Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla y León, Castilla – La Mancha, Extremadura, Madrid y Navarra).
- En algunas Comunidades Autónomas (Andalucía, Castilla y León, Galicia), la discapacidad cuenta como **criterio de valoración** para acceder y participar en los cursos de formación.
- Todas las Comunidades Autónomas, salvo Cantabria, La Rioja y Navarra, establecen **adaptaciones de tiempo y medios** en las pruebas de selección.
- También se establece el **trato diferenciado en la adjudicación de plazas** para personas con discapacidad con respecto al resto de aspirantes que acceden por el turno libre (Andalucía, Asturias, Baleares, Canarias, Castilla y León, Castilla – La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid, Murcia, País Vasco y Comunidad Valenciana).
- Cuando el **porcentaje de reserva fuese inaplicable**, por no llegar a una unidad entera, dado el reducido número de plazas ofertadas anualmente para un determinado grupo o categoría, podrá optarse por redondear el resultado por exceso o por acumularlo a la correspondiente a cualquier otro grupo o categoría (Canarias).

- Se promueven **acciones de sensibilización, de información, de motivación y formación** de las personas con discapacidad, que faciliten su acceso al empleo público (Castilla y León).
- Algunas Comunidades Autónomas han creado un **Consejo Asesor para el Acceso al Empleo Público** (Castilla – La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra).

2.6. Planes de actuación

Tras haber analizado la diferente normativa que regula la discapacidad a nivel autonómico, es preciso entrar a observar como dichas disposiciones legales se van concretando a través de planes de actuación dirigidos a personas con discapacidad.

Muchas Comunidades Autónomas han aprobado este tipo de planes generales (Andalucía, Castilla y León, Madrid, Aragón, Castilla – La Mancha, etc.). Su duración es plurianual (3-4 años), y en los mismos se recogen una serie de principios (No Discriminación, Igualdad de Oportunidades, Accesibilidad Universal, Diseño para Todos, Calidad de Vida, Normalización) que coinciden con los principios promulgados por la LIONDAU.

En estos planes se establecen una serie de objetivos que tienden, habitualmente, a prevenir las causas que originan deficiencias y discapacidades, a promover la autonomía personal, la participación social, el bienestar y la calidad de vida de las personas con discapacidad; a impulsar la aplicación transversal de los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y sobre todo, a mejorar la calidad de los servicios y prestaciones destinadas a las personas con discapacidad.

Cada plan marca una serie de estrategias de actuación, las más importantes y habitualmente establecidas en los mismos son: empleo, educación, salud, accesibilidad –en el urbanismo, en la edificación, en el transporte y en la

comunicación-, protección económica, servicios sociales, participación, cultura, ocio y deporte, prevención y turismo.

Cada estrategia o área de actuación tiene sus objetivos propios, así como las diferentes actividades y/o acciones que se van a realizar, y unos indicadores de evaluación de las mismas.

Para finalizar, el plan contiene una memoria económica, y los órganos responsables para la ejecución de las diferentes acciones y/o actividades. Algunos planes establecen la necesidad de realizar una evaluación.

Aparte de estos planes generales, las Comunidades Autónomas también han aprobado otra serie de planes, más específicos, dirigidos a personas con discapacidad, como pueden ser planes de empleabilidad (Andalucía, Madrid) y planes de salud mental (prácticamente todas las Comunidades Autónomas los tienen aprobados).

3. Reflexiones finales

Con la promulgación de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad se pretende, por fin, hacer frente a la situación de las personas con discapacidad en el mundo, desde una perspectiva de promoción efectiva de los derechos humanos.

En España, este enfoque se materializó con la promulgación de la LIONDAU en 2003. No obstante, tal y como se ha mencionado en los párrafos anteriores, tanto a nivel estatal como autonómico, ya se había desarrollado un marco normativo con anterioridad que, a lo largo de los años, ha ido generalizando actuaciones en materia de discapacidad y accesibilidad. A pesar de ello, también se ha constatado que la existencia de conflictos competenciales, la falta de coordinación institucional y la falta de asignación de recursos ha dado lugar a una insuficiente materialización de políticas públicas efectivas de los parámetros establecidos en el marco normativo, limitando, cuando no impidiendo, el desarrollo y aplicación de todas las acciones necesarias.

Debemos tener en cuenta, y esto no deja de ser una obviedad, que las normas tienen éxito solo si van acompañadas por un sólido compromiso de ejecutarlas, y que, a pesar de los avances realizados, todavía hoy nos encontramos con muchas barreras; gran parte de ellas se han ido rebajando gracias a la acción del sector asociativo de la discapacidad, el cual ha actuado unido y coordinado a nivel nacional, impulsando numerosas iniciativas y presionando a los poderes públicos para avanzar en los derechos de las personas con discapacidad y para que materializaran con acciones concretas los ya consagrados.

Uno de los grandes aciertos del sector asociativo de la discapacidad fue crear el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad en el año 1997 como único interlocutor para muchas de estas cuestiones, lo cual ha dado grandes réditos en estos 15 años de trabajo.

Actualmente, el verdadero reto al que se enfrentan las Administraciones Públicas en nuestro país es precisamente el de la trasposición de los principios, criterios y obligaciones establecidos en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad a efectivas políticas públicas en el marco del Estado de las Autonomías: la discapacidad es una realidad existente en una sociedad compleja y cambiante en la que operan múltiples agentes, y a la que hay que dar respuesta desde la aplicación de políticas públicas. Por este motivo es preciso plantear la cuestión en términos de gobernanza, creando marcos de acción coherentes en el que participen los diferentes niveles administrativos, conjuntamente con el sector privado, el movimiento asociativo y los agentes interesados.

En este marco, se señala la importancia de la administración relacional y el uso de órganos consultivos para promover una participación institucionalizada. Así mismo, es de suma importancia el uso de instrumentos jurídicos y administrativos enfocados a la consolidación de una red de servicios de gestión local, y el desarrollo de políticas y planes de atención locales como instrumentos capaces de detectar mejor las necesidades de la población y otorgarles una respuesta. Así mismo, en coherencia con los principios de

calidad de vida y participación activa, es preciso potenciar el carácter participativo en los procesos de elaboración y gestión de las políticas públicas, a través de los interlocutores existentes, dado que los procesos participativos siempre son procesos generadores de capital social.

Bibliografía

ALONSO LÓPEZ, Fernando. *"El libro Verde de la Accesibilidad en España: diagnóstico y bases para un plan integral de supresión de barreras".* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, IMSERSO, 2002, Madrid

CABRA DE LUNA, M. Á.: "*Tratamiento de la discapacidad en la legislación autonómica. Análisis de la legislación general y específica de las Comunidades Autónomas". Tratado sobre Discapacidad*. Cizur Menor. Aranzadi. 2007.

CABRA DE LUNA, M. A.: "*Dimensión y alcance de las políticas públicas sobre discapacidad en España: el Reparto de papeles entre el Estado y las CCAA".* Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 65.

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. Algunas consideraciones en materia de protección social". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 50.

CASADO, D. y FANTOVA, F (Coord.): *"Apunte histórico de la construcción de los servicios sociales", Perfeccionamiento de los servicios sociales en España*, Madrid, Cáritas Española, Editores y Fundación FOESSA, 2007.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *"Informe Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2010".* Madrid. 2011.

DE LORENZO GARCÍA, R.: "*Los contornos del derecho de la discapacidad"* en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Cizur Menor. Aranzadi. 2009.

FANTOVA, F.: *"Discapacidad, calidad de vida y políticas públicas"* FEPAPDEM, n 8, 2007.

GIMÉNEZ GLUCK, D.: "*El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español*" en *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo.* Cizur Menor. Aranzadi. 2009.

LANG, R., KETT M., GROCE N., TRANI J. F.: "*Implementing the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities: principles, implications, practice and limitations".* ALTER, *European Journal of Disability Research*, nº 5. 2011.

JIMÉNEZ LARA, A. y HUETE GARCÍA, A.: "*Políticas Públicas sobre discapacidad en España, hacia una perspectiva basada en derechos*", *Política y Sociedad*, Vol. 47, nº1. 2010

MARTINEZ HERNÁNDEZ, A. J.: *"El acceso al empleo público de las personas con discapacidad en las Administraciones Públicas Autonómicas. Un diagnóstico normativo"* en *El empleo público y las personas con discapacidad,* Madrid. CERMI. 2009.

MINISTERIO DE POLITICA TERRITORIAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.: *"Estatutos de Autonomía por materias"*, 5ª edición, Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.

RIERA i ALBERT, C. (Dir.): *"Papers d'Acció Social, Serveis Socials, Acció Comunitaria i participación ciutadana: un nou parc per la inclusió. Nous escenaris, reptes, estrategia i metodología"*. Departament d'Acció Social i Ciutadania, Generalitat de Catalunya, 2009, Barcelona.

RUBIO N. (Dir.): *"Papers d'Acció Social, 70 hores de debat entre professionals dels serveis socials"*, Departament d'Acció Social i Ciutadania, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010.

SALA MOZOS, E. y ALONSO LÓPEZ, F.: *"La Accesibilidad Universal en los Municipios: guía para una política integral de promoción y gestión"*. IMSERSO Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006.

TORRES LÓPEZ, M.A.: *"La discapacidad en el Derecho Administrativo"*. CIVITAS. Madrid, 2012.

ZABATE MARTINEZ DE AGUIRRE, E.: *"Otras políticas sociales determinantes de la calidad de vida"* en *Tratado sobre Discapacidad.* Cizur Menor. Aranzadi. 2007.

GARANTÍAS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ESPECIALMENTE VULNERABLES EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

ANÁLISIS DE LAS OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN RELACIÓN A SU SITUACIÓN EN ESPAÑA

Carlos Ganzenmüller Roig

Fiscal del Tribunal Supremo
Coordinador de los servicios de protección
de las personas con discapacidad y apoyos

Fiscal delegado ante el Foro Justicia y Discapacidad

Índice

1. Cuestiones previas. Del “Examen de los informes presentados por el Estado Español en virtud del artículo 35 de la Convención” efectuado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus Observaciones finales

2. La Convención y la protección a las personas con discapacidad más vulnerables. Mujeres y niños con discapacidad especial motivo de preocupación del Comité

    2.1. Las mujeres y niñas con discapacidad. Examen del Art. 6 de la Convención
    2. 2. Los niños y niñas con discapacidad. Examen del Art. 7

3. La situación de las personas mayores con discapacidad. La edad, como factor de vulnerabilidad

4. La persona con discapacidad mental, intelectual o sensorial, en la escala de vulnerabilidad. Su incidencia en los derechos a la capacidad jurídica, libertad y seguridad

5. El problema estadístico

6. La especialidad coordinada de los profesionales responsables

7. Conclusiones

1. Cuestiones previas. Del "Examen de los informes presentados por el Estado Español en virtud del artículo 35 de la Convención" efectuado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y sus Observaciones finales

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, procedió del 19 a 23 de septiembre de 2011, en el sexto período de sesiones, al "Examen de los informes presentados por Estado Español en virtud del artículo 35 de la Convención", formulando una serie de Observaciones finales[296], que suponen un punto de partida de extraordinaria importancia, para su desarrollo y aplicación, en todos los órdenes.

El Comité acoge con beneplácito el informe inicial de España, ya que ha sido el primer Estado que presentó su informe inicial, por lo que elogia al Estado parte por sus respuestas escritas a la lista de cuestiones planteadas y por sus completas respuestas a las preguntas formuladas durante el diálogo[297], felicitando al Estado parte por el establecimiento de un mecanismo de supervisión independiente en cumplimiento del Art. 33, párrafo 2, de la Convención.

Así la Disposición adicional primera, del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, "De adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", determinaba la "Designación del mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", señalando que "Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del nº 2 del Art. 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se designa al Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en tanto que

[296] El informe fue publicado 19 de octubre de 2011.

[297] El Comité felicita al Estado parte por su delegación, que incluía entre sus miembros representantes de varios ministerios, entre ellos muchos representantes de alto nivel, así como dos personas con discapacidad. El Comité expresa su agradecimiento por el caluroso y fructífero diálogo establecido entre la delegación y los miembros del Comité.

asociación de utilidad pública más representativa en el ámbito estatal de los diferentes tipos de discapacidad, como mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar la aplicación en España del citado Tratado internacional".

2. La Convención y la protección a las personas con discapacidad más vulnerables. Mujeres y niños con discapacidad especial motivo de preocupación del Comité

Partiendo de la base de que la Convención, también es derecho aplicable en Europa, queda instaurado el sistema de protección que propugna y que se concreta, en las mujeres, niños y niñas con discapacidad, como ciudadanos sujetos a la mayor vulnerabilidad de forma singularizada.

Ya en su Preámbulo, se especifica como principio reunificador, la integración a esta de los todos Convenios internacionales existentes, referidos a la protección de las personas más vulnerables; desde los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; que desembocaron en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Todos ellos se incorporan a la Convención, de forma que sus disposiciones referidas a la discapacidad, serán también objeto de interpretación y aplicación normativa, de forma que no pueden obviarse ni restringirse los "*derechos humanos y las libertades fundamentales ya reconocidos o existentes en los Estados, en las convenciones y los convenios, los reglamentos o la costumbre, con el pretexto de que en la presente Convención no se reconocen esos derechos o libertades o se reconocen en menor medida". (Art. 4).*

Paralelamente, se enmarca la mayor vulnerabilidad de mujeres, niñas y niños, ante su exposición al mayor riesgo, dentro y fuera del hogar, de violencia,

lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación; recordando, en relación a estos, los derechos humanos y las libertades que en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, se asumieron en la Convención sobre los D. del Niño, y la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad.

2.1. Las mujeres y niñas con discapacidad. Examen del Art. 6 de la Convención

La misión de la Convención no va dirigida por tanto, a crear nuevos derechos, sino a desarrollarlos en cuanto a su promoción, protección y garantía, para que todas las personas con discapacidad específicamente consideradas, puedan ejercerlos en condiciones de total igualdad; siendo esta igualdad, el pilar fundamental y el eje vertebrador, en cuanto tendrá una aplicación transversal, en todo el recorrido de la Convención.

En esta línea, emerge como principio general de aplicación, conforme al Art. 3, "la igualdad entre el hombre y la mujer", que asentado en la consideración de la persona con discapacidad, como ciudadano que en igualdad de condiciones que los demás, desde su plena inclusión social, interviene en todos los aspectos que afectan a su vida y la dirigen a la autonomía personal para consolidar su proyecto de vida independiente; se constata la discriminación de toda índole que concurre en la mujer con discapacidad, que abarca desde su maltrecho derecho al trabajo, hasta su participación social en todos los ámbitos.

La igualdad entre todos los seres humanos, determina la igualdad entre hombres y mujeres, reconociéndose si duda alguna, que por razones históricas, religiosas, laborales y sociales las mujeres han sido claramente discriminadas. Se reconoce por tanto un plus de atención y protección a la mujer con discapacidad dado el mayor plus de vulnerabilidad en el que se encuentra, y a lo largo de la Convención se insiste en ello, en relación a todos los derechos que formula.

Las mujeres y niñas con discapacidad, son el objeto específico del Art. 6, que dispone que "Los Estados Partes…adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales" y " tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención", refiriéndose a todas las cuestiones relacionadas con los derechos a la salud, (Art. 25); derecho al trabajo, (Art. 27); derecho a la educación, (Art. 24); así como otros de mayor generalidad como "Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza, (Art. 28,2,b); la protección contra la explotación, violencia, y los abusos, (Art. 16); y a la participación en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. "Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad". (Art.34).

En relación a las "Mujeres con discapacidad"[298], el Comité muestra su preocupación sobre la insuficiente eficacia que poseen los programas y políticas públicas en la prevención de la violencia de género, al no tener en cuenta adecuadamente la situación de las mujeres con discapacidad; y que en materia de empleo, que no incluyan una amplia perspectiva de género. Constatándose que en el desempleo, la inactividad y los ritmos de formación, se produce una importante situación de desigualdad en relación con los hombres con discapacidad, al ser mucho peores en el caso de las mujeres con discapacidad.
Por ello el Comité recomienda[299] una mayor y plena participación de las mujeres y de las niñas con discapacidad en la sociedad, fundamentalmente para

[298] Puntos 21 y 22 de las Observaciones.
[299] Punto 17 de las Observaciones. " El Comité toma nota de la Ley Nº 2/2010, de 3 de marzo de 2010, sobre la salud sexual y reproductiva, que despenaliza la interrupción voluntaria del

combatir la violencia contra ellas y en la elaboración y desarrollo de estrategias, políticas y programas. Especialmente en los sectores de la educación, el empleo, donde se incluirán particularmente medidas específicas para las mujeres con discapacidad la salud y la seguridad social, para promover la autonomía. También refiere en el marco de la "Protección de la integridad personal" (Art. 17), su inquietud por el hecho de que las personas con discapacidad cuya personalidad jurídica no se reconoce, puedan ser sometidas a esterilización sin su consentimiento, otorgado libremente y con conocimiento de causa, instándole a que suprima la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, sin el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que en la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los Art. 23 y 25 de la Convención. (Apartados, 37 y 38).

2. 2. Los niños y niñas con discapacidad. Examen del Art. 7

En el sentido ya apuntado, señala la Convención en su Preámbulo, que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité sobre los Derechos del Niño, órgano creado al efecto, ha desarrollado una actividad muy intensa en la esfera de los derechos humanos y la discapacidad, al solicitar sistemáticamente información de los Estados sobre el ejercicio de los derechos de los niños con discapacidad en los respectivos países.

---

embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplían los plazos para el aborto si el feto tiene una discapacidad: hasta las 22 semanas de gestación cuando exista un "riesgo de graves anomalías en el feto", y después de 22 semanas de gestación cuando, entre otras cosas, "se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable". El Comité también toma nota de las explicaciones del mantenimiento de esta distinción dadas por el Estado parte". Punto 18."El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley Nº 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente.

En septiembre de 2006 el Comité sobre los Derechos del Niño declaró que los niños con discapacidad todavía experimentan graves dificultades para ejercer plenamente los derechos enunciados, e hizo hincapié en que el obstáculo que se opone al pleno ejercicio de esos derechos no es la propia discapacidad, sino una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y de carácter físico que confrontan cada día los niños con discapacidad. El Comité ha prestado asesoramiento a los Estados promoviendo el registro al nacer y el acceso a información sobre el ambiente familiar y atención alternativa, los servicios básicos de salud y asistencia social, la educación y el esparcimiento, la justicia juvenil y la prevención de la explotación y el abuso.

El Art. 7 de la Convención dispone que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.
En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”, (Art. 7), incidiéndose en una de las cuestiones mas preocupantes que aún no se han podido neutralizar a nivel global, “los niños y niñas con discapacidad serán inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser atendidos por ellos. (Art.18 “in fine”).
Entre los Principios generales enumerados en el Art. 3, h) , se señala “el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”, que inspirará la protección singularizada a los derechos a la realidad familiar, maternidad,

paternidad y matrimonio, (Art. 23); derecho a la salud, (Art. 25); derecho a la educación, (Art. 24); así como otros de mayor generalidad como "Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza, (Art. 28, 2, b); la protección contra la explotación, violencia, y los abusos, (Art. 16); intervención en la vida cultural y actividades deportivas y lúdicas "asegurando que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar, (Art.30); entre otros.

De lo anterior se desprende que en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial junto a su derecho de audiencia, será, su derecho a ser protegido "desde su interés superior", cuestión que ya ha sido abordada en los últimos años por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un amplio repertorio de sentencias[300], partiendo de la base que "el interés del menor", tiene naturaleza de orden público y debe ser tenido en cuenta por los Tribunales en aquellas decisiones que se refieran a aspectos relacionados con dicho interés. Cabe pues, recurso de casación contra las sentencias que no lo hayan tenido en cuenta, ya que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional".

[300] Así la sentencia de 31 de julio de 2009, en relación a la declaración de desamparo, y la sentencia de 8 octubre 2009, en un caso de custodia compartida. " El Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor", determinando como tal, la acreditación de criterios como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven", argumentos que ya habían sido utilizados en la sentencia de 10 septiembre 2009.

Finalmente y dentro del objetivo fundamental previsto en el Art. 8, de fomentar la concienciación social ante la persona con discapacidad, se dispone que se debe "fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad. Art. 8.2. b).

El Comité felicita a nuestro país, por el alto porcentaje (78,35%) de matriculación de niños con discapacidad en el sistema de educación tradicional y el esfuerzo en mantener la financiación de los programas para las personas con discapacidad en tiempos de crisis económica, donde se está dando un ejemplo muy importante de cumplimiento de la finalidad del artículo 4, párrafo 2, de la Convención y acoge también con beneplácito el compromiso del Estado parte de evitar la reducción de la asistencia social. (22)

Sin embargo, se muestra preocupado por las tasas de malos tratos de los niños con discapacidad, (más altas que las de otros niños), mostrando expresa inquietud por la falta de pronta identificación de los niños con discapacidad y por la falta de intervención de las familias y de apoyo prestado con conocimiento de causa a los niños con discapacidad, lo que pone en peligro su pleno desarrollo y su capacidad de expresar sus opiniones, así como por la falta de recursos disponibles y de una administración pública coordinada en los servicios sociales, de salud y de educación, entre otros.

Por tanto, recomienda que:
a) Redoble sus esfuerzos por promover y proteger los derechos de los niños con discapacidad y emprenda investigaciones sobre la violencia contra los niños con discapacidad, adoptando medidas para erradicar esa violación de sus derechos;
b) Adopte políticas y programas que aseguren el derecho de los niños con discapacidad a expresar sus propias opiniones;
c) Desarrolle políticas públicas coordinadas que dispongan de recursos suficientes para garantizar un acceso integrador a unos servicios de asistencia que incluyan servicios terapéuticos, de rehabilitación y de habilitación prestados con conocimiento de causa, así como a unos cuidados que abarquen las

necesidades en las esferas de la salud y de la educación y la necesidades psicosociales de los niños con discapacidad, en particular durante la primera infancia. (23 y 24).

3. La situación de las personas mayores con discapacidad. La edad, como factor de vulnerabilidad

A la especial protección a mujeres y niños, regulada en los Arts. 6 y 7, debe agregarse la situación de "La edad", donde en el Preámbulo de la Convención, letra p, se contempla "la preocupación por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición", y mas específicamente en los Art. 8.b), 13.1, y 16.

Efectivamente las personas mayores con discapacidad, están igualmente incluidas en la especial protección que se reconoce a la mayor vulnerabilidad en que se pudieran encontrar, siendo la mujer mayor de 65 años, con discapacidad mental el ejemplo mas patente, al no tener por regla general la posibilidad de conocer, o denunciar situaciones ilegales en relación a su cuidado, o los malos tratos que tanto por acción como por omisión le pudieran ocasionar, incluso por sus cuidadores, no solo en centros residenciales, sino, en su propio domicilio, por familiares próximos o por personas contratadas al efecto.

De este modo, queda reflejado en nuestro país, conforme a los datos de la última Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD. Año 2008)[301], que 269.400 personas que se hallan en

[301] En la citada encuesta, se efectúa un interesante estudio de la persona cuidadora que "es una mujer, de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados.
El 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales son mujeres. Por edad, por cada hombre de hasta 64 años que realiza estas tareas hay cuatro mujeres cuidadoras. A su vez, en el tramo de 80 y más años las tareas de cuidadores se reparten equitativamente por sexos. Por lugar de residencia del cuidador principal, el 79,3% reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Cabe destacar que para el 20,7% restante, nueve de cada 10 cuidadores son mujeres.

centros de internamiento, afirman tener alguna discapacidad (92,7% del total). De este número, 93.700 son hombres y 175.700 mujeres. Este colectivo está formado, fundamentalmente, por personas mayores (el 82,6% tiene 65 o más años, y entre éstos, tres de cada cuatro son mayores de 80 años).

Por esta razón, el tipo de centro que predomina son las residencias de mayores, en las que viven 216.400 personas con alguna discapacidad (63.000 hombres y 153.400 mujeres). Le siguen los centros para personas con discapacidad, donde residen 36.000 personas (22.600 hombres y 13.400 mujeres) y los hospitales de larga estancia, donde permanecen ingresados 17.100 personas (8.100 hombres y 9.000 mujeres).

En nuestra práctica diaria, son las personas mayores con discapacidad, a las que en mayor medida afectan los procesos de determinación de la capacidad, como hemos puesto de relieve en el Manual de buenas prácticas del Ministerio Fiscal, al que se refiere su capítulo cuarto.

De otro lado, la frecuencia con la que se dan los distintos tipos de maltrato a las personas mayores puede ser superior a los casos que hasta ahora se conocían y parece que ello, no solo es debido a un progresivo envejecimiento de la población, sino que existirían otras causas a nivel social, cultural y económico, influyendo en gran medida, el ámbito familiar, el de la prestación de cuidados o la situación de ingresos en centros. El abuso económico, centrado en haberle negado el control directo sobre su patrimonio, puede ir acompañado de abuso físico o psicológico, creando a su alrededor un ambiente de sumisión a las pretensiones del maltratador.
El anciano discapacitado con deficiencia mental, intelectual o sensorial, se encuentra en muchas ocasiones indefenso ante la realidad que le rodea, sin poder sustraerse del maltratador ni denunciar la situación de abuso que padece.
Una propuesta auspiciada desde las asociaciones de personas mayores, que propugna la eliminación del C. Penal del Art. 268, parece del todo razonable[302].

---

[302] Art. 268 1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de

El Comité muestra como motivos de preocupación la falta de información sobre la eficaz participación de las personas con discapacidad y de sus representantes en las organizaciones que los representan a nivel regional en los procesos de elaboración de las disposiciones legislativas, de las políticas y de la adopción de decisiones y en los procesos de evaluación de su aplicación. (15).

4. La persona con discapacidad mental, intelectual o sensorial, en la escala de vulnerabilidad. Su incidencia en los derechos a la capacidad jurídica, libertad y seguridad

Es de destacar en este punto la especial relevancia que la Convención les otorga en sus Arts. 15 y 16, donde se distingue:

A).- Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

La Convención condena expresamente toda forma de desatención, prácticas graves de restricciones y reclusión, y todo tipo de violencia física, psicológica y sexual contra las personas con discapacidad, regulando en el Art. 15, la "Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", que dice:

1. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

---

separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

El Relator Especial de Naciones Unidas Sr. Manfred Nowak en su informe de 28 de julio de 2008, confirma la extrema situación de vulnerabilidad en las que se encuentra la persona con discapacidad al confirmar la existencia de estas prácticas, que “cometidas en instituciones públicas y en el ámbito privado, sigan siendo invisibles y no sean reconocidas como tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Tras la reciente entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo, sería oportuno examinar el marco de lucha contra la tortura en relación con las personas con discapacidad. Al redefinirse la violencia y los abusos cometidos contra las personas con discapacidad como tortura u otras formas de malos tratos, las víctimas y sus defensores pueden obtener una protección jurídica y una compensación mayores por tratarse de violaciones de los derechos humanos”.

Especial trascendencia tiene la definición de la tortura que se hace en el Informe, al considerar que para que un acto cometido contra personas con discapacidad, o una omisión respecto de éstas, constituya tortura, deben estar presentes los cuatros elementos de la definición de la Convención contra la Tortura: a) Dolores o sufrimientos graves, b) intención, c) propósito y d) participación del Estado.

Los actos que no queden abarcados en esta definición podrán constituir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Art. 16)

La tortura, por ser la violación más grave del derecho humano a la integridad y la dignidad de la persona, presupone una “situación de impotencia”, en que la víctima está bajo el control absoluto de otra persona. Las personas con discapacidad suelen encontrarse en ese tipo de situaciones, por ejemplo cuando se les priva de su libertad en las cárceles u otros lugares, o cuando están bajo el control de su cuidador o tutor legal.

En determinadas circunstancias, la discapacidad particular de una persona puede contribuir a su situación de dependencia y, por tanto, ésta puede ser objeto de abusos más fácilmente. No obstante, suelen ser circunstancias ajenas

a la persona las que dan lugar a una situación de “impotencia”, por ejemplo en el caso de leyes o prácticas discriminatorias que privan a una persona de su capacidad jurídica y de adopción de decisiones en favor de otras.

En relación con el requisito de la participación del Estado, el Relator Especial observa que la prohibición de la tortura se aplica no sólo a los funcionarios públicos, como por ejemplo los encargados de hacer cumplir la ley en el sentido más estricto, sino que también puede aplicarse a los médicos, los profesionales de la salud y los trabajadores sociales, incluidos los que trabajan en hospitales privados, otras instituciones y centros de detención. Como puso de relieve el Comité contra la Tortura en su observación general Nº 2 (2008).

La prohibición de la tortura debe hacerse cumplir en todo tipo de instituciones, y la violación bajo custodia constituye tortura cuando es infligida por funcionarios públicos, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia, incluidos los funcionarios que trabajan en los hospitales, las instituciones de atención sanitaria y otras instituciones semejantes.

Denuncia también Nowak en este ámbito las condiciones de detención y reclusión precarias y el uso de formas de inmovilización en las que se encuentra la persona con discapacidad.

También en el contexto médico, las personas con discapacidad sufren con frecuencia graves abusos y violaciones de su derecho a la integridad física y mental, en particular, a través de experimentos o tratamientos dirigidos a corregir y aliviar discapacidades concretas, por lo que se recuerda la obligación de los Estados de garantizar que los profesionales de la salud administren cuidados a las personas con discapacidad sólo si éstas han dado su consentimiento libre e informado, cuanto más invasivo e irreversible sea el tratamiento, mayores tendrán que ser las autorizaciones y controles establecidos, lo que tiene una incidencia extrema en los experimentos médicos o científicos, el aborto y la esterilización, pues en virtud del párrafo c) del artículo 23, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad en igualdad de condiciones con las

demás” y velar por su derecho a decidir libremente y de forma responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro (párrafo b) del artículo 23).

La terapia electroconvulsiva, las intervenciones psiquiátricas forzadas, el internamiento involuntario en instituciones psiquiátricas, la administración forzada y sin el acuerdo del paciente de medicamentos psiquiátricos, las contenciones mecánicas, y el rechazando en todo caso del régimen de aislamiento, son otros temas tratados profusamente, donde debe primar el consentimiento libre e informado del enfermo en igualdad de condiciones que los demás ciudadanos, no pudiendo ser el mero hecho de una discapacidad el factor desencadenante de la medida privativa de libertad.

B).- La Protección contra la explotación, violencia, y los abusos, se estructura en el Art. 16), en tres aspectos fundamentales:

- La prevención. Los Estados Partes además de luchar en todos los órdenes contra la explotación, la violencia y el abuso, deben asegurar: La información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar los casos de explotación, violencia y abuso; la introducción de servicios de protección y formas adecuadas de asistencia y apoyo; bajo el factor denominador del conocimiento de las situaciones existentes, que tengan en cuenta el género y la edad para las personas con discapacidad , sus familiares y cuidadores.

- La reparación. Los Estados Partes han de promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección.
Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

- La persecución. Los Estados Partes adoptarán legislación y políticas efectivas, incluidas legislación y políticas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.
En la esfera privada, las personas con discapacidad, ya sean hombres o mujeres, tienen tres veces más posibilidades de ser víctimas de abusos físicos y sexuales y de violación a manos de sus familiares o de sus cuidadores. Los índices de violencia contra las mujeres y niñas, incluida la ejercida dentro de la pareja, son elevados debido a la doble discriminación por género y discapacidad.

El Comité en relación a la libertad y seguridad de la persona, recomienda que se revisen sus disposiciones legislativas que autorizan la privación de libertad por motivos de discapacidad, incluidas las discapacidades mentales, psicológicas o intelectuales; que derogue las disposiciones que autorizan el internamiento forzoso a causa de una incapacidad manifiesta o diagnosticada, y que adopte medidas para que los servicios médicos, incluyendo todos los servicios relacionados con la salud mental, se basen en el consentimiento otorgado con conocimiento de causa por el interesado. (35 y 36).

5. El problema estadístico. (Art. 31)

La cuestión estadística, ha sido una de las más recriminadas por el Comité, en todos los órdenes. Así, desde la reflexión general de que la información es indispensable para comprender la situación, en el Estado parte, de grupos concretos de personas con discapacidad que tengan diferentes grados de vulnerabilidad; para elaborar leyes, políticas y programas adaptados a la situación de esas personas, y para evaluar la aplicación de la Convención, (49), hasta la constatación de la escasez de datos desglosados sobre las personas con discapacidad, por lo que recomienda que se “sistematice la recopilación, el análisis y la difusión de datos desglosados por sexo, edad y discapacidad; que desarrolle la capacidad a este respecto, y que prepare indicadores que tengan en cuenta el género para contribuir a la elaboración de disposiciones legislativas, a la formulación de políticas y al reforzamiento institucional a fin de supervisar

los progresos realizados en la aplicación de las diversas disposiciones de la Convención y para preparar informes al respecto. (50); deplorando que la situación de los niños con discapacidad no se refleje en los datos sobre la protección de los niños (51), y recomendando la sistemática recopilación, sobre los malos tratos y la violencia de que se haga objeto a los niños. (52).

6. La especialidad coordinada de los profesionales responsables

Aunque los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos constituyen un marco para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, es lo cierto, que la atención a la persona con discapacidad, tenía algunas cuentas pendientes por parte de los órganos de control y vigilancia creados en los diversos tratados, que nunca se consideró óptima. Conviene recordar las palabras de Louis Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al respecto: “El sistema de derechos humanos actual tiene por objeto promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad pero las normas y los mecanismos existentes de hecho no proporcionan protección adecuada para los casos concretos de personas con discapacidad. Como consecuencia de la convicción de parte de la comunidad internacional respecto a las bondades de instrumentos internacionales que aludan a problemáticas concretas, desde la década de los ochenta cobró fuerza la idea de elaborar una Convención temática sobre los derechos de las personas con discapacidad. Evidentemente es hora de remediar ese defecto”. Esta “cuenta pendiente”, quiere saldarse con la aprobación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Protocolo Facultativo, pero también deben colaborar en este empeño, desde cada uno de los Estados parte, sus aplicadores; resultando absolutamente imprescindible, dentro de un marco auténtico de sensibilización, su implicación profesional sin cortapisas.

En este punto podemos distinguir dos tipos de “observaciones”, las que hacen referencia al “seguimiento y difusión del informe”, y las que van dirigidas a la “toma de conciencia”.

En cuanto a las primeras, el Comité nos recomienda que se transmitan las observaciones finales, para su examen y la adopción de medidas, a los miembros del Gobierno y del Parlamento, a los funcionarios de los ministerios competentes y a los miembros de los grupos profesionales pertinentes, como los profesionales de la educación, de la medicina y del derecho, así como a las autoridades locales y a los medios de información**,** utilizando las estrategias de comunicación social modernas. (56).

Respecto a la "Toma de conciencia"[303] (Art. 8), se elogian las medidas adoptadas por el Estado parte para aplicar la Convención, aunque observa que es preciso hacer más para aumentar, en la sociedad, en los medios de información y entre las personas con discapacidad, la sensibilización en lo que concierne a sus derechos; instando a nuestro país a que tome medidas proactivas para mejorar el conocimiento de la Convención y de su Protocolo Facultativo en todos los niveles, particularmente en la judicatura y la abogacía, los partidos políticos, los funcionarios parlamentarios y gubernamentales, la sociedad civil, los medios de información y las personas con discapacidad, así como entre el público en general. (25 y 26).

7. Conclusiones

Además de lo ya señalado para las personas con discapacidad en situación de máxima vulnerabilidad, el Comité hace unas observaciones trascendentales, en orden a la necesidad de implantar la Convención en nuestro derecho interno mediante una reforma legislativa en todos los ámbitos, pero muy especialmente en aquellos referidos a la igualdad del reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12), donde ya en Real Decreto de 29 de abril de 2009, el Gobierno

[303] La Convención, no sólo va dirigida a "Los Estados Partes" o a los directamente interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad muy especialmente se dirige, a los que desde la administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se incluyan y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática. **"**De la efectiva aplicación de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, y sus efectos en el derecho interno". Carlos Ganzenmüller Roig. Página fiscal. es, fiscalias especializadas, protección a las personas con discapacidad.

español se había comprometido a presentar un proyecto de Ley del procedimiento de determinación de la capacidad, en sustitución de previsto el la L. Enjuiciamiento Civil 1/2000; compromiso incumplido y renovado en la Disposición adicional séptima, " Adaptación normativa relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones" de la Ley de 26/2011, de 2 de agosto, donde, "El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen".

7.1. El Comité observa que pese a ello, no se han tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica, recomendando la revisión, de las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, proporcionándose formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes. (33 y 34).

7.2. Cuestión relevante también, la constituye la participación en la vida política y pública (artículo 29 Convención.), y concretamente el derecho de sufragio, que es uno de los derechos políticos esenciales que establece la Constitución Española en su Art. 23.1; cuyos requisitos de ciudadanía y edad, precisos para su ejercicio, se definen en el Art. 2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, de 19 de junio de 1985 (LOREG), que reconoce el derecho de sufragio activo a los españoles mayores de edad , estableciéndose como excepción, en el artículo 3.1 b) de la LOREG, "que carecen de derecho de sufragio los

declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio, y el número 2 del mismo precepto, que los Jueces y Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del derecho del sufragio".

Ya la Fiscalía General en la Instrucción 1/2010, como "El Manual de Buenas Prácticas del M. Fiscal, en el epígrafe correspondiente, establecían que " Deberá interpretarse la Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, y así, con el fin de respetar, en la mayor medida posible, la autonomía y los derechos fundamentales de la persona con capacidad modificada, no podrá privarse del derecho de sufragio activo con carácter general, salvo casos excepcionales, y siempre de manera motivada.
En el mismo sentido se habían pronunciado los Juzgados[304], que venían considerando "En cuanto al derecho de sufragio, cuya privación se interesó en la demanda, no resulta procedente. La interpretación de Ley General Electoral de acuerdo con el espíritu de la Convención, en cuanto que ello supondría un retroceso en la necesaria integración social que se propugna respecto. En el concreto supuesto enjuiciado no se ha acreditado esa especial incapacidad de doña T. para poder elegir una determinada opción y ejercitar su derecho al voto, pues dicho ejercicio solo requiere una manifestación de voluntad, para la que resulta necesaria no tanto un determinado nivel de raciocinio o de conocimiento, sino la expresión de una opinión o decisión personal sobre las diversas ofertas electorales, en función de la formación cultural de cada persona".

Por último, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen (21/9/2011), sobre la "Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras", en relación al D. de sufragio, en el punto 5.16 , consideró

[304] Ver Sentencia de veintisiete de abril de dos mil diez de Carmen María Simón Rodríguez, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia Nº QUINCE de Las Palmas de Gran Canaria

el derecho de voto como un derecho humano inalienable reconocido por la Convención, a todas las personas con discapacidad.

Recordando a las instituciones interesadas que los requisitos de edad y ciudadanía son los únicos que pueden condicionar el derecho de una persona a votar y presentarse como candidato a unas elecciones, rechazando inequívocamente la idea de restringir el derecho de sufragio activo y pasivo por razones de discapacidad, ya sea por decisión de un tribunal o de cualquier otra forma. Termina exigiendo a los Estados miembros que supriman las disposiciones legislativas discriminatorias en materia de tutela, para permitir a las personas con discapacidad ejercer sus derechos políticos en igualdad de condiciones con las demás y que se realicen las adaptaciones razonables de los procedimientos de voto, así como de las instalaciones y el material, para garantizar este derecho en las elecciones nacionales y europeas.

Como no podía ser de otra manera, el Comité[305] recomienda la revisión de toda la legislación vigente en la materia, para garantizar el derecho a votar y a participar en la vida pública en pie de igualdad con los demás, y pide la modificación del Art. 3 de la LO. 5/1985, que autoriza a los jueces a denegar el derecho de voto en virtud de decisiones adoptadas en cada caso particular. La modificación debe hacer que todas las personas con discapacidad tengan derecho a votar.

Finalmente recomienda que todas las personas con discapacidad que sean elegidas para desempeñar un cargo público dispongan de toda la asistencia necesaria, incluso asistentes personales. (47 y 48).

7.3. El reto Europeo

[305] Preocupa al Comité que se pueda restringir el derecho al voto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial si la persona interesada ha sido privada de su capacidad jurídica o ha sido internada en una institución. Le inquieta además que la privación de ese derecho parezca ser la regla y no la excepción. El Comité lamenta la falta de información sobre el rigor de las normas en materia de prueba, sobre los motivos requeridos y sobre los criterios aplicados por los jueces para privar a las personas de su derecho de voto. El Comité observa con preocupación el número de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto.

La Unión Europea, ratificó la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 23 de diciembre de 2010, dando así un paso decisivo en el largo camino recorrido por los 80 millones de ciudadanos europeos con alguna discapacidad, que ven de este modo reconocidos y garantizados sus derechos internacionales, al suponer el acto de la ratificación, el compromiso que adquieren todos los países de la Unión, de implantarlo a su legislación interna, obligándoles a una profunda tarea de revisión, exhaustiva y transversal de toda su normativa, a fin de adaptarla al nuevo Tratado.

Por ello, los Estados miembros de la Unión Europea que ya la hayan firmado, para iniciar el proceso de ratificación, están obligados a no hacer nada que contravenga lo dispuesto en la Convención.

Supone un precedente, que la Unión Europea, ratifique un tratado internacional a nivel comunitario. En este momento, además de España, que firmó la Convención junto con su Protocolo adicional, el 30 de marzo de 2007, y ratificó sendos textos el 3 de diciembre del mismo año, también la han firmado y ratificado, Alemania, Francia, Reino Unido, Italia, Suecia, Portugal, Dinamarca, Austria, Bélgica, República Checa, Hungría, Lituania, Letonia, Eslovaquia y Eslovenia.

Consecuencia de lo anterior es que la Unión Europea, está obligada a garantizar que toda la legislación, política y programa a nivel comunitario, cumpla las disposiciones de la Convención y que los países europeos que la han ratificado, deberán adoptar las medidas de implantación necesarias, en todos sus ámbitos: acceso a la educación, empleo, transporte, infraestructuras y edificios abiertos al público, concesión del derecho de voto, mejora de la participación política y garantía de la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, etc.[306]

[306] En España el proceso normativo de implementación se concreta en la Ley de adaptación normativa a la Convención DPD., de 2 de agosto de 2011, que se concreta en las Leyes siguientes: L. 51/2003, de Igualdad de oportunidades, L. 30/1979, sobre extracción y transplantes de órganos. L. 14/1987, General de Sanidad, L. 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida. Estatuto del empleado Público. Contrato de Seguro. Adaptación

Como primera medida en este ámbito, cabe destacar la configuración del nuevo marco europeo de la discapacidad, a partir de la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20-11-2010, donde se pretende reforzar la perspectiva europea de los derechos humanos de las personas con discapacidad, fomentando la plena inclusión social, la igualdad de oportunidades y la no discriminación, con la adecuada participación de todas las partes interesadas; propugnándose como cuestiones prioritarias: la aplicación efectiva de la Convención de la ONU por parte de los Estados miembros y de las Instituciones de la Unión Europea; la elaboración de la nueva Estrategia Europea de la discapacidad (2011-2020), cuyo objetivo general es capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único que servirá para complementar la Convención a nivel europeo y nacional; y en el irrenunciable objetivo de terminar con la situación en que se encuentran las mujeres con discapacidad que se enfrentan siempre a una doble discriminación. El principio de igualdad de hombres y mujeres en todas las políticas de discapacidad es un instrumento en manos de los gobiernos para remediar tal situación.

También es de destacar el Reglamento 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 2011 sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar y por el que se modifica el Reglamento (CE) 2006/2004, donde se aborda el derecho a la accesibilidad en esta materia. (Accesibilidad e información, (Art.11); Designación de las estaciones, (Art.12); y D. de asistencia en las estaciones designadas y en los autobuses y autocares, (Art. 13).

Por último, el Dictamen (21/9/2011) del Comité Económico y Social Europeo, antes citado, apoya totalmente la nueva Estrategia Europea de la discapacidad (2011-2020), reconociendo que pese al impacto negativo de la crisis financiera en la vida de las personas con discapacidad y en su capacidad para ejercer sus

---

normas ejercicio de capacidad jurídica, y el Reglamento “participación de la persona con discapacidad, en la vida política y procesos electorales” de 30 de marzo de 2011.

derechos, insta al apoyo a estas personas y advierte contra el riesgo de recortar los gastos sociales por razones de austeridad, proponiendo la utilización de los Fondos Estructurales europeos así como otros instrumentos financieros, al objeto de financiar la aplicación de la Estrategia Europea, y los objetivos de la Convención, mecanismos financieros y asignaciones directas de financiación dirigidas a personas con discapacidad y otros grupos vulnerables, que garanticen la futura política de cohesión en línea con la Convención.
Es solo el principio de un largo camino que se intuye complicado y dificil, un auténtico reto al que hay que ponerle señalización y márgenes, tiempos y objetivos.

7.4. La actividad del Ministerio Fiscal y su misión constitucional como defensor en los procedimientos relativos a la protección de los derechos humanos de las personas mas vulnerables, cobran tras la entrada en vigor el tres de Mayo de 2008 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad una nueva dimensión que se proyecta, tanto en la implantación de esta a nuestro derecho interno, como en relación al compromiso de la institución con la eficacia y garantía de su aplicación. Como señala el TC, los Tratados internacionales no sólo “son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos” (STC 38/1981), sino que forman parte de su mismo contenido (STC 64/1991) de manera que “en la práctica” el contenido de los Tratados “se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades” reconocidos en la Constitución (STC 36/1991). La importancia del Art. 10.2 CE., radica en que “eleva de facto” los tratados sobre derechos, y, por tanto, la Convención, “al rango constitucional”, lo que tiene como consecuencia inmediata, su influencia sobre el conjunto del Ordenamiento jurídico convirtiéndose en límite y guía de la interpretación constitucional y, por tanto, de la creación, interpretación y aplicación del resto de las normas del sistema jurídico español. De otro lado, de encontrarse en el Ordenamiento jurídico español alguna norma contradictoria con el contenido de los derechos constitucionales tal y como resulta de su interpretación conforme a la Convención, estaríamos ante una norma inconstitucional. Debemos por tanto sostener, que nuestro Ordenamiento “ha de inspirarse en el contenido de los derechos fundamentales, y tal y como este contenido se desprende de las

normas internacionales en la materia", y con mayor contundencia, si cabe, cuando se trata de textos internacionales "especializados" que, tutelan derechos específicos y protegen a categorías especificas de personas.

La Convención, supone la sustitución sin paliativos del "modelo médico rehabilitador" por el "modelo social de discapacidad", lo que implica considerar, que las causas que originan la discapacidad no son individuales, sino que son esencialmente sociales, modelo que iniciado en nuestro país, mediante la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal (LIONDAU), encuentra su aval definitivo a través de la incorporación al Derecho español de la Convención.[307]

En este contexto, la Fiscalía se ha sumado a la tarea de implantación de la Convención, sin recelos ni vacilaciones, interesando su aplicación en todas aquellas intervenciones que requirieran un elemento interpretativo, o comparativo, tendente a determinar el mejor encaje normativo posible en los principios propugnados desde la Convención, destacando la actuación de la Fiscalía del Tribunal Supremo ante la Sala Primera, que dio lugar a la sentencia de 29 de abril de 2009, donde por primera vez se abordó la cuestión relativa a "la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención de Nueva York de 2006".

De modo que ya en la Instrucción 4/2008 sobre control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad, expresó la oportunidad de abordar diversas reformas legislativas para promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, actividad, que ha tenido su continuidad en las Instrucciones de la Fiscalía 4/2009, "Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad", y la de mayor relevancia en razón a su materia, la Instrucción 3/2010, "Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas".

---

[307] Pagina Web: www.fiscal. es fiscalías especializadas de protección a las personas con discapacidad.

Sigue pendiente, sin embargo, dada la envergadura de la tarea, que trasciende de las meras cuestiones de procedimiento, la modificación de importantes instituciones muy consolidadas del Código Civil, y su regulación mediante Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales, que no parece probable pueda llevarse a cabo en breve. Sin olvidarnos además, de la deseable armonización de las legislaciones autonómicas en materia tan sensible, como queda patente desde la entrada en vigor el 1 de enero de 2011 del libro cuarto del Código Civil de Catalunya, donde se regulan ampliamente los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad. De este contexto nace la aspiración desde los distintos colectivos profesionales relacionados con las personas con discapacidad y sus familias, de la necesidad de aplicar la Convención con la enorme proyección de derechos y obligaciones que comporta; interpretando y adaptando los mecanismos que proporciona nuestro derecho a sus postulados, incluso en aquellos aspectos más complicados como los derivados de los Art. 12 y 13 de la Convención.

Esta importante tarea, clave para su consolidación, como expresamente señala su Art. 8, ha sido tratada por los Fiscales en el Manual de buenas prácticas, plenamente enmarcado en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2010), cuya aplicación supone un reto para todas las Instituciones y especialmente para el Ministerio Fiscal, al ser una de sus funciones constitucionales la de intervenir en los procesos civiles que determine la ley, cuando el interés social lo requiera.

En este, se abordan todos los aspectos más relevantes de su intervención: Desde el acceso del ciudadano a la Fiscalía, hasta su actividad en todas las fases de los distintos procedimientos relacionados con la capacidad de las personas, sin olvidar otras cuestiones de gran trascendencia como la protección y garantía de los derechos de las personas mayores, la especial consideración al maltrato de las personas con discapacidad y las cuestiones relacionadas con el derecho de acceso a justicia de las personas con discapacidad en base al Art. 13 de la Convención, donde se incide en el conocimiento personal y directo de las diversas necesidades de las personas con discapacidad, a fin de asegurarles el empleo de los recursos que

garanticen el disfrute de iguales oportunidades, acceso y participación, en idénticas condiciones que todo ciudadano.

Por eso, las “Observaciones y recomendaciones del Comité”, han de considerarse un necesario e importante punto de partida, junto a la tarea iniciada por la Unión Europea en considerar objetivo prioritario el apoyo a la aplicación efectiva de la Convención de la ONU, impulsando su ratificación, prosiguiendo el trabajando iniciado en pro de la elaboración de un código de conducta y en la adaptación de la legislación nacional y de la UE, cuando proceda, a las disposiciones de la Convención.

Es pues el momento, de trasladar el compromiso a la acción legislativa, y como decía, de establecer objetivos, tiempos y prioridades, donde la intervención y el diálogo con las personas con discapacidad y con las entidades que los representan, consoliden y aumenten el grado de concienciación social, imprescindible en este complejo proceso.

EL MARCO ADMINISTRATIVO DE LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Gloria Álvarez Ramírez

Doctora en Derecho
Coordinadora de la Fundación Derecho y Discapacidad
coordinación@fderechoydiscapacidad.es

Índice

1. Renovada actuación de la Administración Pública

2. Un régimen sancionador específico en materia de discapacidad

3. El marco de la actividad sancionadora

A. Predeterminación normativa de las infracciones y sanciones

B. El objeto

C. La titularidad de la potestad sancionadora

D. Ámbito de aplicación de la normativa sancionadora

E. Legitimación

F. Tipificación y clasificación de infracciones

G. Competencia organizativa

4. Con ley y sin derecho

Bibliografía

1. Renovada actuación de la administración pública

La discapacidad como la mayoría de materias en el ámbito social fue históricamente gestionada por la iniciativa privada que actuaba a modo de colaboradora filantrópica y subsidiaria del poder público a quien se le encomienda la responsabilidad del sistema prestacional, de control y de ordenación de la cuestión social, llevada de manera caótica y dispersa. Sin embargo, la situación ha cambiado ostensiblemente en los dos últimos decenios, gracias, entre otros factores, a la nueva regulación de la discapacidad fundamentada en el rechazo de cualquier evaluación negativa sobre la misma para focalizar los valores en la propia persona, en su calidad de vida, y especialmente en su dignificación a través del desarrollo de principios como el de la igualdad de oportunidades, la no discriminación, la accesibilidad y la integración, que han permitido que la discapacidad sea un objetivo público y de los más considerados[308].

Esta perspectiva ha supuesto una adaptación de la dogmática administrativa a la realidad social de la discapacidad, que trata de superar el déficit de la Administración en este terreno, otorgándole las herramientas que le permitan pasar de una actividad basada especialmente en la prestación asistencial para perfilarse como una Administración preocupada por la satisfacción real de los derechos de las personas con discapacidad.

Tradicionalmente la intervención de la Administración Pública en los asuntos relacionados con la discapacidad ha descansado sobre el trípode de la actividad de fomento, de servicio público y de policía. Actuaciones que si bien se han conservado, han experimentado profundas renovaciones para adaptarse a la nueva realidad social de la discapacidad. A estos clásicos instrumentos de intervención pública se suman otras técnicas jurídicas propias de la Administración (igualdad de oportunidades, acciones positivas) que se

[308] Un estudio en profundidad sobre la evolución jurídico administrativa de la discapacidad es el de: ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E.: *Régimen Jurídico Público de la Discapacidad*. U. Complutense de Madrid, 2008. http://eprints.ucm.es/9438

comportan como medidas estratégicas y complementarias de la normativa jurídica para luchar contra la discriminación. Tanto aquellos como éstas, conforman el régimen actual de actuación administrativa en materia de discapacidad.

No hay duda de que los espacios tradicionales de acción administrativa han experimentado una mutación en la medida en que éstos se desmarcan de la legalidad como exclusiva y suficiente legitimación para el actuar de la Administración Pública, nutriéndose actualmente de las renovadas consideraciones de los principios de dignidad e igualdad que buscan ampliar su contenido formal y abstracto hasta explicitarlo como eje del reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos, y la prohibición de cualquier forma de discriminación que atente contra ellos. Es decir, a una seguridad formal se suma una seguridad material.

En este sentido, la invocación de un procedimiento sancionador en materia de discapacidad, si bien se sustenta en la importancia que tiene para la seguridad jurídica la presencia de un listado de infracciones que sirvan, por lo menos, de instrumento disuasorio y coercitivo para el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, actuando en últimas como garante del ordenamiento jurídico de la materia; en la actualidad, se aboga porque la adopción y aplicación de una Ley específica sobre el régimen sancionador ante las infracciones que vulneren derechos de las personas con discapacidad constituya una medida de defensa, y una forma eficaz de hacer efectivo el principio de igualdad.

2. Un régimen sancionador específico en materia de discapacidad

A lo largo de las últimas décadas el poder sancionador de la Administración ha ido en aumento pese a las críticas de un sector autorizado de la doctrina, tanto penal como administrativa, al cuestionar la legitimidad teórica de tal potestad[309]. Sin embargo, a partir de su reconocimiento en la Constitución de

[309] Las voces más críticas al respecto han sido las de Eduardo García de Enterría, José Ramón Parada Vásquez y Alejandro Nieto García.

1978 (artículos 9, 25 y 106), la discusión sobre la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración cobra otros tintes de nivel teórico, al aceptar tanto doctrina como jurisprudencia, que esta potestad forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales de un *ius punendi* del Estado, que es único aunque luego tenga lugar en dos formas distintas[310].

Si bien es correcto afirmar que el nuevo giro del Derecho Sancionador hacia los terrenos del Derecho Administrativo tiene su apoyatura inicial en la Constitución –el artículo 25 CE establece que el principio de legalidad en materia punitiva se aplica tanto a la represión penal como a la administrativa, y prohíbe la imposición de sanciones administrativas que directa o indirectamente impliquen privación de libertad-, la maduración del mismo se alcanza, por un lado, con las recientes manifestaciones de afirmación de los derechos individuales de ciertas materias con características individualizadas (como el caso de la discapacidad) que obligan a diseñar nuevos modelos jurídicos, y de otro, con una potestad administrativa sancionadora diversificada por los diversos niveles territoriales (Comunidades Autónomas, Entes Locales…).

No cabe duda que la actuación de la Administración se ha desplegado de manera desbordante, abriendo de tal manera su contenido, que no es posible hablar de un único Derecho Administrativo Sancionador, sino de tantos Derechos como sectores organizados con particularidades específicas existan: en el orden social, de índole fiscal, de tráfico, siendo algunos de los clásicos; a quienes les acompaña otros de reciente incorporación como el urbanístico o medioambiental.

Es en estas condiciones que comienza a cobrar sentido las voces sobre un Derecho Administrativo Sancionador en materia de discapacidad, el cual pretende establecer responsabilidades por las lesiones que esta parte de la población sufra en sus derechos. Estos derechos, son además de los generales y fundamentales, los establecidos para la persona con discapacidad como miembro de un colectivo del que se predica un régimen especial de

[310] NIETO GARCÍA, A.: Derecho Administrativo Sancionador. (4ª edición). Tecnos, Madrid, 2005, p.26.

garantía constitucional de conformidad con el artículo 49, y que implica el reconocimiento de los derechos específicos de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal recogidos en la Ley 51/2003, 2 de diciembre (en adelante LIONDAU)[311], que son los que se han considerados adecuados para alcanzar el objetivo cardinal del citado precepto de reconocimiento y protección de la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad.

La falta de un régimen sancionador específico para la discapacidad y su consiguiente demora en instaurarse, se ha debido a que el Derecho Administrativo Sancionador ha sido obra de los altos Tribunales españoles más que del legislador que ha tardado en incorporarse a este proceso, y cuando lo ha hecho ha sido, no a través de una Ley General de Infracciones y Sanciones, sino por medio de normas sectoriales. Para comprobarlo, basta con echar un vistazo a la legislación a este respecto para constatar que no existe una Ley General de Infracciones y Sanciones Administrativas, y sí por el contrario, como ya se ha mencionado, existen Derechos Sancionadores como sectores haya, incluyendo en cada texto sectorial un capítulo dedicado a las infracciones y sanciones, o bien expidiendo una ley específica de infracciones y sanciones en el sector[312].

Habitualmente los aspectos relacionados con el régimen sancionador en materia de discapacidad se han verificado a través de los Tribunales atendiendo a una perspectiva de defensa de derechos fundamentales, y por ende, enfocada a asuntos individuales interesados exclusivamente en mejorar las actividades y prestaciones administrativas. Esto explica la asimetría en este asunto, puesto que, hasta hace muy poco prevalecía la vertiente garantista de los derechos individuales sobre aquella que procuraban el interés público y colectivo.

---

[311] Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, de 2 de diciembre de 2003. Publicada en el BOE Nº 289, de 3 de diciembre de 2003.

[312] ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.: *Régimen Jurídico Público de la Discapacidad*. Op. Cit., pp.623.

Actualmente se pretende restablecer el equilibrio entre ambos intereses teniendo en cuenta la nueva dimensión que los principios de igualdad y dignidad han alcanzado, los cuales se traducen en la prohibición de toda forma de discriminación por cualquier motivo o circunstancia que atente contra el sistema de Derechos Humanos, y que en su consecución se le atribuye el papel a los Poderes Públicos de intervenir en la vida social para evitar o contrarrestar las desigualdades y promover las condiciones para que la igualdad tanto del individuo como de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. La no discriminación puede proyectarse sobre un colectivo concreto o sobre las personas que lo integran, es decir, ya no se trata de casos individuales, sino que detrás de ellos existe una dimensión de carácter grupal. Es este nuevo alcance del principio de igualdad el que le confiere a la Administración Pública la obligación de garantizar su contenido material, pues de ello depende en buena medida la eficacia de estructuración y control de las diferencias.

A tenor de lo expuesto, la importancia de un Derecho Administrativo Sancionador específico en materia de discapacidad radica, no sólo en buscar una real eficacia normativa, núcleo fundamental que recoge la potestad sancionadora; sino que esta premisa de orden general es de plena validez en la regulación de la discapacidad, un ámbito en el que la necesidad de vigilancia es más acuciante debido a las grandes dificultades para controlar conductas discriminatorias, corriendo el riesgo, por tanto, de producirse una disociación entre la normativa promovida para la protección de las personas con discapacidad, y su inaplicación y la consiguiente impunidad de las infracciones.

3. El marco normativo de la actividad sancionadora.

A. Predeterminación normativa de las infracciones y sanciones

La existencia de un cuadro de infracciones completo y suficiente que, por un lado, cumplieran con la obligación de predeterminar una normativa de infracciones y sanciones para poder invocar un procedimiento sancionador, y por otro lado, que sirviera de elemento disuasorio, cuando menos, y coercitivo

para el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad fue recogido en la Disposición final undécima de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad –LIONDAU-, que dispuso que el Gobierno, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de dicha Ley, remitiera a las Cortes un proyecto de ley que estableciera el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

Obedeciendo a tal previsión, y con el ánimo de que la LIONDAU no se convirtiera en una simple declaración de principios, se promulga la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*[313]*,* que vino a configurar un verdadero Derecho Administrativo Sancionador referido particularmente a regular las infracciones y sanciones en el ámbito de la discapacidad.

Con esta nueva Ley sancionadora se busca establecer, en primer lugar, la garantía del principio de igualdad de todos los españoles, sin distinción por motivo alguno, articulando mandatos básicos que, por un lado, se ajusten a las garantías establecidas en la Constitución asegurando la existencia de un cuadro normativo mínimo y común para todo el territorio nacional, y de otro, se pretende el establecimiento de las condiciones básicas sobre las cuales se cimiente la labor del legislador autonómico. En segundo lugar, la Ley pretende determinar la responsabilidad de las diferentes Administraciones Públicas por las lesiones que las personas con discapacidad sufran en los derechos que, en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación establece la LIONDAU, regulando así la actuación administrativa en virtud del artículo 106.2 CE que establece: “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera

[313] Publicada en el BOE Nº 310, de 27 de diciembre de 2007.

de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

B. El objeto

La Ley 49/2007, de 26 de diciembre, pretende sancionar las infracciones (por acción u omisión) que conlleven una vulneración del derecho de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad. Este derecho se considera quebrantado cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos, incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así como el incumplimiento de las medidas de acción positiva legalmente establecidas (Artículo 2).

Estos conceptos, incardinados en un renovado enfoque de la discapacidad, aquel que la posiciona como un tema de derechos humanos, se encuentran plasmados en el ordenamiento jurídico español, y refrendados por instancias internacionales, especialmente por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la ONU en 2006.

Sin entrar a desgranar el contenido de tales conceptos, podemos señalar que la vulneración del principio de igualdad de oportunidades se produce por la existencia o incumplimiento de:

Discriminación: Se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables (Artículo 2 de la Convención de la ONU).

Discriminación directa: Cuando una persona con discapacidad es tratada de una manera menos favorable que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable.

Discriminación indirecta: Cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios (Artículo 6 de la LIONDAU).

Ajuste razonable: Son todas las acciones necesarias que deben realizarse en el ambiente físico, social y actitudinal para que las personas con discapacidad puedan efectuar todo tipo de actividades, siempre que suponga un gasto desproporcionado (Artículo 7 c) de la LIONDAU)[314].

Acoso: Toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (Artículo 7 a) de la LIONDAU).

Accesibilidad: Condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible (Artículo 2 c) de la LIONDAU)[315].

C. La titularidad de la potestad sancionadora

La Ley de infracciones y sanciones establece una competencia normativa genérica –la estatal-, y una competencia de las Comunidades Autónomas, aludiendo a la redistribución territorial de competencias efectuada por la Constitución que conllevó a que el alcance de la potestad sancionadora de la

[314] Un interesante artículo sobre lo que verdaderamente supone los ajustes razonables es el de: PÉREZ BUENO, L.C: *La configuración jurídica de los ajustes razonables.* Cermi.es Semanal Nº 1. Semana del 9 al 16 de septiembre. http://semanal.cermi.es/boletin/16/seccion/documentos.aspx

315 Sobre el concepto de la accesibilidad, véase: DE ASÍS ROIG, R. (Dir.): El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Universidad Carlos III. Madrid, 2005.

Administración estatal cediera a favor de las Administraciones Autonómicas que hubieran asumido la competencia sancionadora de la materia.

En discapacidad, no existe de modo específico un Decreto de transferencias de potestades sancionadoras, sino que, y en virtud, de una parte, de la tradicional asociación que la discapacidad tiene respecto de la asistencia social, y de otra, de la nueva dimensión que ha adquirido la transversalidad como concepto que obliga a desarrollar acciones en todos los ámbitos de actuación pública, puede decirse que la disparidad normativa sancionadora en cada Comunidad Autónoma es tan extensa, como lo son, los diversos sectores que a su modo incorporan normas que de una u otra manera se relacionan con el régimen de sanciones e infracciones invocables por una persona con discapacidad.

Esta situación supone que en muchos casos la titularidad y ejercicio de la potestad sancionadora se articule de modo concurrente desembocando en una superposición de la potestad normativa del Estado y de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, cuando esto ocurre y en aras de asegurar la igualdad en el ejercicio de derechos y cumplimiento de los deberes constitucionales en todo el territorio español, a las Comunidades Autónomas, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, les está permitido adoptar normas administrativas sancionadoras pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado, siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica. Así lo recoge la jurisprudencia constitucional que afirma que "las infracciones y sanciones propias de las Comunidades Autónomas son lícitas y pueden añadirse a las impuestas por la legislación básica del Estado siempre que resulten *razonables* y en su resultado final no sean desproporcionales"[316].

D. Ámbito de aplicación de la normativa sancionadora

[316] Al respecto véase: STC 37/2002, de 14 de febrero, y STC 124/2003, de 19 de junio.

La promulgación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad no acaba con los recursos legales existentes hasta el momento en el ámbito de la discapacidad, sino que viene a establecer unos estándares mínimos comunes aplicables al conjunto del territorio nacional, respetando los espacios competenciales previstos para las Comunidades Autónomas, confiriendo así un equilibrio al ámbito administrativo sancionador en materia de discapacidad en toda España, y así lo deja establecido en su exposición de motivos: "con la presente Ley se trazan las condiciones básicas que orientan la tarea normativa del legislador autonómico, respetando los ámbitos de decisión propia que constitucionalmente le corresponden, asegurando la existencia de un cuadro normativo mínimo y común para todo el territorio".

Los ámbitos que recoge la Ley son: los referidos a las relaciones con las Administraciones Públicas; las telecomunicaciones y la sociedad de la información; los espacios públicos urbanizados, las infraestructuras y edificación; los medios de transporte; los bienes y servicios a disposición del público.

La propia Ley establece en su Disposición adicional segunda que las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, sigue encomendada a la normativa social, esto es, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (Capítulo III, medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el trabajo), y el Real Decreto Legislativos 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (artículos 8.12, 8.13 bis, 15.3 y 16.2).

E. Legitimación

En cuanto a la legitimación, lo primero que hay que recordar es que la Ley 49/2007, de 26 de diciembre que regula el procedimiento sancionador en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad

universal de las personas con discapacidad, parte de la aplicación, con carácter general, del procedimiento sancionador establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que desarrolla el citado texto legal.

El Reglamento citado, junto a la figura del denunciante, regula otra categoría, la del interesado, que tiene una facultad de intervención mayor dentro del procedimiento sancionador, ya que se concibe que sean ellos los legitimados para participar activamente en el desarrollo de este, mediante el ejercicio de unos derechos que sólo a ellos corresponden. Aunque el Reglamento no refiera expresamente qué personas tienen la categoría de interesados, debe entenderse que el concepto de interesado que subyace en el mismo coincide con la noción del artículo 31.1 de la Ley 30/1992, que, al ser la norma general en materia de procedimiento administrativo, también debe ser respetada en el ámbito sancionador. Esta norma considera como interesados del procedimiento administrativo: A) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; B) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y C) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva. El mismo artículo en el apartado 2 establece que: "*Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca".*

A la vista de todo ello se debe concluir que pueden tener la condición de interesados en el procedimiento administrativo sancionador (además de los inculpados) aquellos cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución final.

Hechas las anteriores precisiones, nos remitimos al artículo 9 de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre que al abordar la legitimación establece: **1)** *"Las personas con discapacidad, sus familias y las organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran, tendrán la consideración de interesados en estos procedimientos en los términos previstos en el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común";* **2)** *Contra el acuerdo de archivo de las actuaciones o la resolución desestimatoria, expresa o tácita, de la denuncia o puesta en conocimiento de la Administración de posibles infracciones previstas en esta Ley o en las que establezcan las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, las organizaciones y asociaciones anteriormente referidas estarán legitimadas para interponer los recursos o, en su caso, las acciones que consideren procedentes como representantes de intereses sociales".*

A tenor de dicha norma, tiene la legitimación activa la persona que directamente se haya visto vulnerada en sus derechos, su familia y, además, las organizaciones y asociaciones en las que se integren.

La virtud de la norma viene dada en lo que respecta a la legitimación de las organizaciones y asociaciones, pues salva las limitaciones que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad estableció en su artículo 19 al únicamente legitimar para accionar, a aquellas legalmente autorizadas, en *nombre de personas concretas que previamente le hayan autorizado al efecto*[317].

317 El texto literal del artículo 19 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad dice:*"Sin perjuicio de la legitimación individual de las personas afectadas, las personas jurídicas legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos podrán actuar en un proceso en nombre e interés de las personas que así lo autoricen, con la finalidad de hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichas personas los efectos de aquella actuación".*

Con la redacción del artículo 9 de la Ley 49/2007 de 26 de diciembre, puede decirse que el legislador se ha mostrado sensible a la labor de las organizaciones que trabajan en el ámbito de la discapacidad, al conferirles facultades para interponer acciones o recursos como representantes de intereses sociales, o dicho en otro término, de intereses colectivos. El reconocimiento por el ordenamiento de este tipo de intereses determina que son jurídicamente relevantes y por tanto dignos de protección, facilitando consecuentemente su posibilidad de defensa.

Ahora bien, y atendiendo a la apoyatura que la Ley 49/2007 de 26 de diciembre tiene en el procedimiento sancionador establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, adviértase que para que una organización o asociación sea considerada titular de un interés legítimo a los efectos indicados, es necesario que la resolución que ponga fin al procedimiento cause un beneficio o un perjuicio directo y real al grupo en cuanto tal. Sin este requisito no se podrá considerar que la asociación ostenta un derecho a ser parte en el procedimiento sancionador.

Esta exigencia nos conduce a plantear la diferencia existente entre los llamados intereses difusos y los intereses colectivos, propiamente dichos. Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciarlos, y sin entrar a enumerarlos, podemos afirmar que prevalece el que afirma que el interés difuso ha sido un concepto acuñado para designar aquel tipo de interés supraindividual que no tiene un titular concreto, ni siquiera colectivo, sino que afecta a la generalidad de los miembros de la sociedad. Los perjuicios de las conductas infractoras no recaen sobre los miembros del grupo en cuanto tal, sino que afectan a toda la sociedad, sin perjuicio de que un conjunto de ciudadanos más concienciados que otros con la defensa de estos ámbitos decidan integrar una asociación con esta finalidad. Por su parte, los intereses colectivos se refieren a comunidades unificadas, más o menos determinadas en sus componentes, que se identifica en base a características o aspiraciones comunes.

En este sentido, en el procedimiento sancionador de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, entendemos por la lectura del mismo, que lo que recoge como intereses legítimos –además del derecho subjetivo de la propia persona con discapacidad perjudicada- son los intereses sociales entendidos estos como intereses colectivos y no como intereses difusos. En nuestra interpretación, si bien, como ya hemos dicho, la Ley legitima a las personas jurídicas -organizaciones representativas y asociaciones en las que se integran las personas con discapacidad y sus familias- para la defensa de sus derechos cuando exista un perjuicio directo a los miembros del grupo; no posibilita la inclusión de los intereses difusos como intereses legítimos.

Por tanto, la Ley en asuntos como la accesibilidad, que es una condición de aplicación transversal que beneficia no sólo a las personas con discapacidad, sino a *toda la sociedad en su conjunto,* no otorga legitimación a cualquier persona, aún cuando el interés jurídico que le asiste al actor reposa en la noción misma de accesibilidad que busca defender y proteger la normativa de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal.
Este inconveniente creemos podría salvarse mediante la extensión de la acción popular al ámbito del procedimiento sancionador, de forma que cualquier ciudadano, pudiera denunciar y ser parte en ese procedimiento, pues más allá de las argumentaciones de la doctrina administrativista que rechazan esta idea, debe prevalecer la eficacia de las actuaciones y estrategias que exige el propio ordenamiento jurídico.

F. Tipificación y clasificación de infracciones

Como ya se ha indicado, anterior a la promulgación de la Ley 49/2007 de infracciones y sanciones, no existía un régimen sancionador común y básico que de alguna manera garantizasen los derechos de las personas con discapacidad, sino que, la normativa sancionadora en esta materia se ha encontrado diseminada por las diferentes Entidades territoriales y de acuerdo a las competencias a ellas conferidas. Es por ello que la normativa sancionadora en las Entidades Territoriales ha sido asimétrica, no tipificando ni clasificando las infracciones de la misma manera. Además, esta normativa se ha

encontrado desperdigada en diferentes sectores que de alguna manera se han relacionado con el régimen de sanciones e infracciones que pueden ser alegados por una persona con discapacidad. Como consecuencia, las infracciones y sanciones en la materia se han encontrado subsumidas en las infracciones en materia de servicios sociales (mayoritariamente)[318], o en infracciones de índole social, o en un régimen sancionador específico relacionado con las personas con discapacidad[319]. Tampoco la descripción de infracciones y sus correspondientes sanciones han presentado uniformidad en las Entidades territoriales, las cuales algunas, mantienen al uso los ilícitos administrativos definidos en sus propias Leyes de servicios sociales[320] sin que se haya procedido al desarrollo del régimen de infracciones y sanciones administrativas de los servicios sociales. Otras, tipifican las infracciones mediante conceptos jurídicos indeterminados, que aun siendo admitido su uso, causan no pocos inconvenientes a la hora de brindar seguridad jurídica[321]. Asimismo, se aprecia en la descripción de los ilícitos administrativos una tendencia a regularlos mediante cláusulas abiertas o excesivamente genéricas que dificultan la aplicación de las sanciones en virtud de una posible invalidez.

Con la promulgación de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre se establece un marco de infracciones y sanciones que garantizan *las condiciones básicas* en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y que es común en todo el territorio español, siendo objeto de tipificación por el legislador autonómico, sin perjuicio de las infracciones y sanciones que cada Autonomía pueda establecer conforme a sus competencias.

---

318 Sobre la clasificación en materia de servicios sociales, véase: ALONSO SECTO, J.M., y GONZÁLO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Boletín Oficial del Estado. Estudios jurídicos 8, Madrid, años 1997 y 2000.

319 Ejemplo de ello es la Ley 1/1999, de 31 de marzo de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, la cual recoge en su título IX el régimen sancionador correspondiente.

320 Es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura que se atiene al régimen sancionador establecido por la Ley 5/1987, de 23 de abril de servicios sociales.

321 Véase la Ley 5/1992, de 27 de mayo de acción social de Cantabria, artículo 29 i) que recoge como infracción grave: "(…) prestar una asistencia inadecuada, causando graves perjuicios al usuario".

De acuerdo a lo anterior, la tipificación de las infracciones establecidas en la Ley 49/2007, de 26 de diciembre corresponde a los supuestos en que tenga la competencia la Administración General del Estado. Es decir, conductas infractoras que se proyecten en un ámbito territorial mayor al de una Comunidad Autónoma. Aquellas infracciones que se cometan en el ámbito de una Comunidad Autónoma se sancionarán de conformidad con la normativa autonómica que sobre materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad se haya tipificado por el correspondiente legislador autonómico. Al respecto debe señalarse que a fecha de redacción de este artículo, la única Comunidad Autónoma que ha regulado un régimen sancionador conforme a la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, es la Comunidad de Navarra mediante la Ley Foral 5/2010, de 6 de abril de Accesibilidad Universal y Diseño para todas las Personas[322].

Por lo tanto, y de conformidad con la Ley en cuestión, y sin perjuicio de lo que se establezca en la normativa de las Comunidades Autónomas, las infracciones se clasifican en leves, graves y muy graves. Se consideran infracciones leves las conductas que incurran en irregularidades de tipo meramente formal en la inobservancia de lo recogido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y su normativa de desarrollo. Tendrán consideración de infracciones graves: a) Los actos discriminatorios y omisiones que supongan directa o indirectamente un trato menos favorable a las personas con discapacidad en relación con otra persona que se encuentre en situación análoga o comparable; b) El incumplimiento de las exigencias de accesibilidad, como también la negativa de adoptar las medidas de ajuste razonable y sus normas de desarrollo; c) El incumplimiento de un requerimiento administrativo específico que formulen los órganos competentes para cumplir las previsiones de la LIONDAU; d) Cualquier forma de presión ejercida sobre las personas con discapacidad o sobre otras personas físicas o jurídicas que hayan entablado o pretendan entablar cualquier tipo de acción legal. Por último, se consideran infracciones muy graves: a) Toda conducta de acoso relacionada

[322] Texto publicado en el BON de 14 de abril de 2010. Artículo 15.

con la discapacidad; b) El incumplimiento reiterado de los requerimientos administrativos específicos que formulen los órganos competentes para cumplir las previsiones de la LIONDAU; c) Cualquier forma de presión ejercida sobre las autoridades en ejercicio de las potestades administrativas que se ejerzan para la ejecución de las medidas previstas en la LIONDAU.

Las sanciones que llevan acarreadas estas infracciones administrativas son de variado tipo de acuerdo a la gravedad y naturaleza de la misma. Así, existen sanciones económicas como la multa que oscila entre los 301€ hasta el 1'000.000€, y que actúa como medida sancionatoria principal. Puede imponerse una sanción accesoria en aquellos casos en que la infracción sea de las catalogadas como muy grave. Además, y en los casos en que se produzca una infracción relacionada con la accesibilidad, procederá imponer una *obligación de hacer* accesible lo que proceda.

En cuanto a la tipificación de las infracciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad -que reiteramos siguen rigiéndose por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social-, debe indicarse que la Ley 62/2003 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha modificado el artículo 8, apartado 12 de aquella, quedando redactado de la siguiente manera: *"Son infracciones 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 trabajadores de 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".*

Asimismo añade el artículo 8, apartado 13 bis que señala: *"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 el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo".* Además, el artículo 16, apartado 2 que alude a las infracciones muy graves, queda redactado así: *"Solicitar datos de carácter personal en los proceso de selección o establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier 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 (…)".*

G. Competencia organizativa

De acuerdo a la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, los órganos competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores en la Administración General del Estado corresponden a: 1) El inicio de las actuaciones, a la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad perteneciente al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; 2) La instrucción, a la Subdirección General a que corresponda las funciones de impulso de políticas sectoriales sobre discapacidad, y c) La resolución corresponderá conforme a la tipificación de la infracción: si es leve recaerá en la Dirección General de Coordinación de políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, si es grave a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, y en el caso de que ser muy grave al titular del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo Acuerdo del Consejo de Ministros cuando la cuantía sea superior a 300.000€.

Los órganos encargados de llevar a cabo la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores en materia de discapacidad suscitados en

las Comunidades Autónomas no han sido creados hasta el momento, salvo la Comunidad Foral de Navarra[323].

En cuanto al procedimiento sancionador en el ámbito laboral corresponderá el inicio a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, órgano adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La instrucción y resolución del expediente estará a cargo de la autoridad laboral competente en cada Comunidad Autónoma, salvo en los casos de Ceuta y Melilla.

4. Con ley y sin derecho

La actual regulación sobre el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad está resultando claramente insatisfactoria.

La expectativa que esta Ley planteó con respecto a la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad fue ciertamente muy alta, pero su increíble potencial hacia las conductas y acciones discriminatorias se ha quedado en mero papel mojado pues ha topado con el tradicional proceso dialéctico al que indefectiblemente parecen estar abocadas las normas en nuestro país.

La creciente y rica legislación que ha pululado en los dos últimos decenios en discapacidad, hasta convertirla prácticamente en una especialidad jurídica, ha dotado de cobertura para la acción en esta materia a la Administración Pública en todos sus órdenes. Sin embargo, la acción administrativa que tiende a paralizarse por falta de una norma previa habilitante, en este caso, aún teniéndola, no la aplica. Estamos con Ley y sin derecho.

[323] La Ley Foral 5/2010, de 6 de abril de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, en su artículo 17 establece el Consejo para la promoción de accesibilidad universal y de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, al cual se le confiere funciones de vigilancia y control (Artículo 17 3. e)). El expediente sancionador se iniciará por el organismo que el propio Consejo determine, y que a la fecha de redactar estas líneas y consultando con el área de discapacidad de Asuntos Sociales de la Comunidad Foral de Navarra, nos manifiestan no se ha procedido a instaurarlo.

Los inconvenientes de esta situación son notorios y sus consecuencias graves:

a) Si bien la Ley 49/2007, de 26 de diciembre de infracciones y sanciones actúa como una norma que contiene estándares mínimos comunes en todo el territorio del Estado español, su ámbito de aplicación mantiene la fragmentación territorial[324] que ofrece el inconveniente de ocasionar una multiplicidad de sistemas, generalmente sin concordancia entre sí, que redunda en graves perjuicios al generar descompensaciones en el tratamiento de los ciudadanos con discapacidad.

Por tanto, si bien se aprecia un amago de volver a los dominios del poder público central para asegurar el principio de igualdad en materia de discapacidad, la realidad nos muestra que se impone una legalidad fraccionada con sus correspondientes contradicciones y equívocos.

b) Se está alargando y complicando extraordinariamente la regulación del régimen de infracciones y sanciones en materia de discapacidad en las Comunidades Autónomas.

En este sentido, la ausencia de un régimen legal específico en cada autonomía se utiliza como coartada para esquivar la responsabilidad de salvaguardar los derechos de las personas con discapacidad y luchar contra las conductas discriminatorias por ellas sufridas[325].

c) Al no existir un cuadro de infracciones y sanciones específico en materia de discapacidad en las respectivas Comunidades Autónomas, tampoco existen los

---

[324] Recordemos que "*la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora corresponderá a la Administración General del Estado cuando las conductas infractoras se proyecten en un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma"* (Artículo 15), quedando, por tanto, sometidas a la competencia sancionadora de cada Comunidad Autónoma las infracciones cometidas en su territorio.

[325] Desatendida fue la enmienda que en su día presentó el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad –CERMI- al entonces Proyecto de Ley de Adaptación Normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para suplir esta inactividad autonómica mediante la aplicación del régimen estatal de infracciones y sanciones en todas las Comunidades Autónomas hasta tanto éstas aprueben su Ley específica; como estériles parecen haber resultado las observaciones contenidas en el informe del Defensor del Pueblo presentado a las Cortes Generales. Año 20120, pág. 99, en los que se denuncia tal inactividad Autonómica.

organismos públicos autónomos que canalicen las denuncias que por motivos de discriminación puedan sufrir las personas con discapacidad.

En el caso de la Comunidad Foral de Navarra, única Autonomía que al momento de escribir estas líneas ha regulado un régimen de infracciones y sanciones específico en materia de discapacidad, como ya se dejó constancia, si bien alude a un Consejo para la promoción de la Accesibilidad Universal y de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad como organismo con funciones de vigilancia (Artículo 17 de la Ley Foral 5/20120, de 6 de abril), no ha regulado el organismo que inicie, instruya y resuelva un expediente sancionador de estas características

La inexistencia de estos organismos supone un quebrantamiento de los intereses públicos al quedar desatendido el respeto a las garantías de los derechos de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

d) La situación actual genera desconfianza en los administrados que quieran denunciar actos discriminatorios por motivos de discapacidad. La carencia de un verdadero ejercicio de control y de exigencia del cumplimiento de las normas de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, determina un incumplimiento sistemático de la legislación al respecto vigente y, consecuentemente, crea una percepción de impunidad que desmotiva el emprendimiento de cualquier acción legal[326].

Así pues, el estado actual del marco administrativo referido a un régimen de infracciones y sanciones específico en discapacidad, nos revela que esta materia tampoco escapa a la inconstancia de la organización administrativa institucional que se encuentra estrechamente ligada a la compleja y territorializada distribución de competencias.

---

[326] Un ejemplo de la percepción que las personas con discapacidad tienen al respecto se encuentra recogida en: JIMÉNEZ LARA, A Y HUETE GARCÍA, A.: *La discriminación por motivos de discapacidad, Análisis de las respuestas al cuestionario sobre discriminación por motivos de discapacidad promovido por el CERMI Estatal.* Cermi, 2002;

Además, debe señalarse que la supresión de la discriminación, si es que esto es posible, no puede conseguirse simplemente con la promulgación de la ley. Ciertamente ésta es un recurso invaluable, pero es un recurso insuficiente si no se apoya directamente con medidas que prevengan de manera persistente y sistemática la formación de las conductas discriminatorias.

Para que las normas tengan una eficacia real, es decir, para que se cumplan, hace falta, de un lado, que las Administraciones Públicas tengan auténtico interés en ello y por tanto pongan a disposición todos los medios para imponerlas; y por otro, que los ciudadanos las asuman, identificándose con ellas[327].

De la influencia recíproca de estos dos factores depende el éxito de la lucha contra la discriminación, ya que cuando las Administraciones Públicas demuestran su interés inequívoco de exigir el cumplimiento de la ley, la sociedad termina asumiendo la norma. Y viceversa: cuando el ciudadano expresa su rechazo y denuncia de manera persistente actos discriminatorios, no le queda más remedio a la Administración que ponerse seria en su obligación de atajarlos.

Algunas de las medidas que cabrían implementarse para la eficacia de la actividad ordenadora de la Administración en materia de discapacidad podrían ser:

- El acometimiento de una tarea pedagógica y de divulgación de las normas sancionadoras en el ámbito de la discapacidad por parte de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento de esta normativa. Más que dedicarse a cobrar multas, la acción de la Administración debe dirigirse a una implantación social de la norma sancionadora para que esta sea conocida, entendida y respetada por los ciudadanos.

[327] Una crítica a la eficacia de las leyes es la de NIETO GARCÍA, A.: *La "nueva" organización del desgobierno.* Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 181 ss.

- Esta labor divulgativa, que sin duda está recayendo en las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias que están actuando como auxiliares inestimables en este trabajo, deben proseguir ante la débil sensibilización social respecto de los derechos de las personas con discapacidad.

- Es necesario emprender un trabajo de difusión de los instrumentos de que dispone el ciudadano con discapacidad, su familia y las organizaciones representativas, para denunciar actos discriminatorios, y el uso que de los mismos debe hacerse.

- Se deben divulgar los informes/estudios/recomendaciones que los organismos públicos emitan sobre los asuntos concernientes a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que permitan conocer, analizar, interpretar y, fundamentalmente, hacer un seguimiento de las situaciones discriminatorias habidas en este sentido, y el funcionamiento de los mecanismos antidiscriminatorios.

Como última idea de estas breves líneas sobre el marco sancionador administrativo de lucha contra la discriminación de personas con discapacidad, debemos manifestar que si bien se han podido constatar falencias en el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, no debemos dejar de reconocer el giro dado por la Administración Pública en materia de discapacidad, que ha ido más allá de una limitada actividad administrativa prestacional y de fomento, para abarcarla desde un significado y sentido orientador más acorde con su percepción actual que la incardina como un tema de Derechos Humanos. Importa mucho, en consecuencia, ocuparnos de esta nueva situación para que no perezca en meros rituales jurídicos.

Bibliografía

ALONSO SECTO, J.M., y GONZÁLO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*. Boletín Oficial del Estado. Estudios jurídicos 8, Madrid, años 1997 y 2000.

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G.E.: *Régimen Jurídico Público de la Discapacidad*. U. Complutense de Madrid, 2008. http://eprints.ucm.es/9438

DE ASÍS ROIG, R. (Dir.): *El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Universidad Carlos III. Madrid, 2005.

JIMÉNEZ LARA, A Y HUETE GARCÍA, A.: *La discriminación por motivos de discapacidad, Análisis de las respuestas al cuestionario sobre discriminación por motivos de discapacidad promovido por el CERMI Estatal.* Cermi, 2002

NIETO GARCÍA, A.: Derecho Administrativo Sancionador. (4ª edición). Tecnos, Madrid, 2005, p.26.

- *La "nueva" organización del desgobierno.* Editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp.

PÉREZ BUENO, L.C: *La configuración jurídica de los ajustes razonables.* Cermi.es Semanal Nº 1. Semana del 9 al 16 de septiembre. http://semanal.cermi.es/boletin/16/seccion/documentos.aspx

JURISPRUDENCIA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Lourdes Márquez de la Calleja

Jefe Dpto. Relaciones Sociales y Planes Estratégicos
Fundación ONCE
lmarquez@fundacionONCE.es

Índice

1. Introducción

2. El principio de no discriminación en base a la Constitución Española y la Ley 51/2003

3. La discriminación por motivo de discapacidad y el concepto amplio de discapacidad. Especial referencia a la Convención

4. No discriminación y accesibilidad universal

5. No discriminación y ajustes razonables

6. Principio de no discriminación como base de los derechos de las personas con discapacidad

7. Conclusiones y retos

1. Introducción

El Derecho es una realidad histórica que refleja por su eminente carácter social la evolución de la sociedad de la que recibe su carácter y los signos de su evolución.

Así, la jurisprudencia entendida en este capítulo en su acepción amplia tal como define el diccionario de la Real Academia Española "*Conjunto de las sentencias de los tribunales, y doctrina que contienen"*, y no en el sentido estricto del artículo 1.6. del Código Civil *"... la doctrina que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho"*, es reflejo de la historia, consecuencia de las nuevas circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales que van surgiendo.

En este sentido, los avances en el campo de la no discriminación de personas con discapacidad van quedando recogidos en el camino construido por la jurisprudencia. Y en cierta medida, los valores y principios recogidos en la legislación no son asumidos hasta que se genera la correspondiente jurisprudencia.

2. El principio de no discriminación de las personas con discapacidad en base a la Constitución Española y la Ley 51/2003

A la igualdad justa se refiere Aristóteles en su Política, libro II, 1280ª cuando señala que la igualdad para ser justa, ha de consistir en la igualdad para los iguales, mientras que a la vez, la desigualdad será justa para los desiguales. Esta idea es reiterada por la doctrina del Tribunal Constitucional, como recoge en su STC 90/1989 Fundamento Jurídico 4. En dicho Fundamento manifiesta en relación con el artículo 14 de la Constitución Española (en adelante CE), que "prohíbe por una parte, que se dé un tratamiento desigual, tanto en las previsiones normativas como en su aplicación concreta por un poder público, a quienes se encuentran en situaciones esencialmente similares, y, por otra, que

si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables, y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual y, por tanto, discriminatorio".

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló en una de sus primeras Sentencias, la STC 22/1981 - aceptando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -, que la relación entre el principio de igualdad y el principio de no discriminación reside en la exigencia de una justificación objetiva y razonable del trato diferente.

Como ha explicado en múltiples ocasiones el Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna, "Resulta, si se quiere, paradójico que la consideración de la igualdad como diferenciación, suponga introducir el concepto de diferencia dentro de la igualdad."[328] Pero según explica Bobbio, la paradoja es aparente, y es tal por una simplísima razón: lo contrario a la igualdad es la desigualdad, no la diferencia.[329] De esta manera, como afirma Ferrajoli, la igualdad en los derechos fundamentales resulta configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Así, en su conjunto, el modelo normativo integrado de igualdad formal y sustancial se basa en la "igual dignidad" de las personas con independencia de sus diferencias, y a la vez en la garantía de su efectividad.

Nuestra Constitución reconoce el principio de igualdad de trato a través del artículo 14 "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 aún va más allá nuestra Constitución al impulsar medidas que favorezcan la igualdad de oportunidades, artículo 9.2. "Corresponde a los poderes públicos promover las

[328] Ferrajoli, L., *Derechos y garantías…* ob.cit. p. 76.
[329] Bobbio, N., *Iguales y diversos*, en Paolo Collo-Frediano Sessi, Diccionario de la Tolerancia, Norma, Colombia, 2001, p. 144.

condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra 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." En esta línea, la Constitución se refiere específicamente a la discapacidad en el artículo 49, "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". Además, no podemos olvidar en este contexto el vínculo esencial del principio de no discriminación con la idea de dignidad que implica el igual valor de las personas, recogido en el artículo 10.1: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social".

Igualmente en nuestro ordenamiento jurídico, en lo que respecta al principio de no discriminación, hay que reseñar el paso trascendental que supuso la aprobación de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante Ley 51/2003)*, en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, y en especial en relación al principio de igualdad de trato – al que se refería la Ley 13/1982 de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos – , que pasa a reconocerse como el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación. Este cambio conceptual es un paso adelante al incorporar en la fórmula sobre No Discriminación, la Acción Positiva como medida necesaria para lograr la Integración Social. En este sentido la Ley 51/2003 tiene como objetivo "Artículo 1. (…) *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"*. Este texto legislativo supone el comienzo regulatorio en España del modelo social de la discapacidad, frente al modelo médico o rehabilitador anterior.

Ahora bien, si la Ley 51/2003 se complementa con las medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de empleo u ocupación aprobadas en la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social*, que suponen la transposición de la *Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000*, entonces su contenido se constanta con la entrada en vigor de la *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad* el 3 de mayo de 2008 (en adelante "la Convención") a través del artículo 2 y 5, como veremos a lo largo del capítulo.

Esta evolución del principio de no discriminación se ha ido plasmando igualmente de forma gradual en la jurisprudencia constitucional. Así, en el año 1994 el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento Jurídico nº 4 de la STC 269/1994 que "La discriminación, tal como es prohibida por el Art. 14 de la Constitución, impide la adopción de tratamientos globalmente entorpecedores de la igualdad de trato o de oportunidades de ciertos grupos de sujetos, teniendo dicho tratamiento su origen en la concurrencia en aquéllos de una serie de factores diferenciadores que expresamente el legislador considera prohibidos, por vulnerar la dignidad humana. No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales". Por tanto, no encontrándose la discapacidad textualmente entre las causas de discriminación del artículo 14 CE, se entiende que dicha relación no es un *numerus clausus*, sino lo contrario. Y que la discapacidad quedaría englobada entre *las circunstancias personales y sociales* y, en consecuencia, como causa real de discriminación.

Esta doctrina la podemos encontrar también en la Sentencia del mismo Tribunal 78/2011 de 6 de junio de 2011, la cual además señala la especial conexión, antes mencionada, de la discriminación con el artículo 10.1. CE referido a la dignidad de la persona al explicar, "la virtualidad del Art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983; STC 269/1994), pero sí representa una explícita interdicción de

determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; y 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha dejado patente su conformidad con los conceptos de discriminación inversa y medidas de acción positiva en sentencias como la 128/1987, de 16 de julio, STC 28/1992, de 29 de marzo, y la STC 269/2004.

Quedan así recogidas en la jurisprudencia las dos vertientes de la discriminación: la ausencia de discriminación y la adopción de medidas de acción positiva como instrumento necesario para lograr la igualdad real. Estos dos aspectos del principio en cuestión son parte del artículo 1 de la Ley 51/2003 cuando establece, según la nueva redacción dada por la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, ”A estos efectos, se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades 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.”

Asimismo, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, amplia el concepto de persona con discapacidad señalando que “son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación

plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". La inclusión de la nueva definición es relevante en la medida en que, para las personas con discapacidad, de acuerdo con el concepto de la Convención y con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad, la ley y nuestro ordenamiento jurídico garantiza la ausencia de toda forma de discriminación, garantía que igualmente responde a lo previsto en el artículo 14 de la Constitución.

Si seguimos profundizando en el concepto de discriminación debemos hacer referencia a las dos posibles vertientes de la misma, la discriminación directa y la discriminación indirecta.

Por la primera entendemos que sucede, en base al artículo 6.1 de la *Ley 51/2003, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, y el artículo 2.2 de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000,* cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su discapacidad, de manera menos favorable que otra en situación análoga o comparable.

En relación con la segunda, la Ley 51/2003 lo establece más claramente en su artículo 6.2. definiéndola como "cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios".

Volviendo al ámbito de la jurisprudencia, es el 6 de mayo de 2009, cuando un tribunal por primera vez se pronuncia sobre la base de la Ley 51/2003 y el principio de no discriminación. Es la Audiencia Provincial de Madrid quien condena a la compañía aérea Iberia por discriminar a tres personas sordas a las que denegó el acceso a un avión. La sentencia fue dictada tras la denuncia y el subsiguiente recurso sobre la resolución del Juzgado de Primera Instancia

número 57 de Madrid del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE). La compañía había alegado que estas tres personas sordas no podían viajar si no iban acompañados de una persona oyente que garantizase su seguridad. En este sentido, la sentencia indica entre otros fundamentos que "el establecer la obligación para las personas sordas de tener que acudir al avión con un acompañante en nada mejora la seguridad en caso de emergencia. […] una persona sorda se encuentra exclusivamente privada del sentido de la audición, pero no tiene ninguna otra limitación, ni física ni intelectiva, que le impida comprender la situación de emergencia que puede plantearse y adoptar las medidas de evacuación".

3. La discriminación por motivo de discapacidad y el concepto amplio de discapacidad. Especial referencia a la Convención.

La Convención de la ONU sobre los derechos de la personas con Discapacidad define la discriminación en su artículo 2 como "Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Esto incluye todas las formas de discriminación y, entre ellas, la denegación de ajustes razonables". Y añade en el artículo 5 la prohibición de toda discriminación por motivo de discapacidad, obligando a los Estados Partes a tomar las medidas pertinentes para ello, no considerando discriminatorias las medidas positivas para lograr su igualdad de hecho.

En cuanto al concepto de discriminación por motivo de discapacidad, se entiende que las personas pueden ser discriminadas «por motivo de» o «sobre la base de» discapacidad, no restringiéndose la discriminación a las personas que tienen una discapacidad, sino que se extiende a las personas que sin tener una discapacidad son tratadas de manera discriminatoria por considerarse que la tienen. Asimismo incluye a aquellas personas que, pudiendo tener una

discapacidad, también son susceptibles de ser tratadas de manera discriminatoria por motivo de discapacidad, aunque no la tengan actualmente. Y por último, puede haber otras personas que no tengan una discapacidad, pero que trabajen o se encuentren asociadas a personas que la tengan y que así sean sujetos susceptibles de discriminación.

En esta línea, el 30 de abril de 2009 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó la primera sentencia haciendo referencia a la Convención. Se trata de la sentencia que resuelve el Caso Glor v. *v. Switzerland (nº 13444/04*) en el que Sven Glor, ciudadano sueco nacido en 1978 y de profesión camionero, fue declarado en 1997, a pesar de su interés, no apto para el servicio militar por presentar una diabetes. Uno de los puntos más relevantes de la sentencia sería el tratamiento dado a la discriminación por motivo de discapacidad, donde el límite del grado no puede ser ya contemplado como un argumento básico como también viene a señalar la Convención y la inclusión de la diabetes dentro del concepto de discapacidad.

También la Corte Suprema de Canadá adoptó en el año 2000 el mismo concepto en el caso *Mercier* respecto de la inclusión de las percepciones subjetivas y erróneas de la discapacidad dentro de la definición de discapacidad.[330] De este modo, los tribunales y las Cortes han reconocido que, a pesar de no ser limitaciones funcionales, enfermedades variadas como malformaciones físicas congénitas, asma, acne y recientemente, convivir con el VIH/SIDA, pueden constituir campos de discriminación.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el 17 de julio de 2008, dictó sentencia a favor de la Sra. Coleman, madre de un niño con discapacidad, que a consecuencia de esto se vio discriminada en su carrera profesional por la empresa en la que trabajaba. “Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que trato desfavorable del que es víctima

[330] Quebec (Commission de droits de la personne et des droits de la juenesse) v Montreal; Quebec (etc.,) v Boisbriand (City), [2000] 1 S.C.R.

dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el artículo 2, apartado 2, letra a) de la Directiva 2000/78.

Es importante destacar que el concepto de discapacidad recogido en la Ley 51/2003 dejaba fuera de su cobertura a un importante grupo de personas que desde un punto de vista médico-técnico no pueden encuadrarse dentro del marco del 33% de discapacidad - mínimo exigido por la Ley -, pero que sin embargo se encuentran en una situación real o fáctica de discriminación por discapacidad.

En este sentido, una de las medidas adoptadas por el Gobierno en su compromiso adoptado con la ratificación de la *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad* ha sido la aprobación de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* en virtud de la cual se modifica el concepto de persona con discapacidad recogido en la Ley 51/2003 añadiendo *"*Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial, contempladas en esta Ley serán de aplicación a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad."

4. No discriminación y accesibilidad universal

El principio de no discriminación debe complementarse con el principio de accesibilidad universal al ser una de las medidas contra la discriminación del artículo 7 de la Ley 51/2003, definida en el artículo 2 como "la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.”

El incumplimiento de las exigencias de accesibilidad es una causa de vulneración del principio de igualdad de oportunidades (artículo 4 Ley 51/2003). Y en sentido amplio, la accesibilidad es un derecho instrumental y una herramienta para situar a la persona en igualdad de oportunidades. La falta de cumplimiento de las condiciones de accesibilidad es frecuentemente la causa de muchas de las discriminaciones.

Uno de los asuntos especialmente conflictivos que genera mayor número de litigios ya que constituye para las personas con discapacidad y para las personas mayores una necesidad básica, que conecta con los derechos fundamentales como la libertad de desplazamiento o de comunicación o el de disfrutar de una vivienda digna, es dotar de accesibilidad universal a los edificios de comunidades de propietarios. Con este objetivo la Disposición Adicional Tercera de la Ley 51/2003 modificó la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, para obligar a la comunidad de propietarios a la realización de obras de accesibilidad en elementos comunes a favor de personas con discapacidad, y con el límite de que tales no excedan del importe de tres mensualidades; en caso contrario, únicamente serán exigibles si han sido aprobadas por acuerdo con la mayoría correspondiente. El límite de la cantidad acaba de ser recientemente modificado en base a la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,* ampliando la obligación de la comunidad de propietarios de realizar actuaciones y obras de accesibilidad, cuando se den los requisitos previstos en el artículo 10 de dicha Ley y el importe de dichas obras y actuaciones no exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado Sentencia de 12 de diciembre de 2008 que tiene una especial trascendencia en la eliminación de barreras en los edificios sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal. La situación del caso consiste en un inmueble en el que viven 11 personas con

discapacidad, el edificio no dispone de ascensor y, para su instalación, es preciso tomar 3,07 metros cuadrados pertenecientes a un local comercial con una superficie de 264,47 metros cuadrados. La comunidad adopta el acuerdo de realizar la obra y de imponer la servidumbre de esos 3,07metros cuadrados, por supuesto, indemnizando a los propietarios de acuerdo con una valoración realizada por expertos tasadores. El Tribunal Supremo, en una línea de interpretación basada en la Ley de Propiedad Horizontal y de la Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, concede el derecho a la comunidad de propietarios y, por ende, a estas 11 personas con discapacidad.

Esta sentencia supone un avance significativo en la interpretación de los derechos de las personas con discapacidad de una forma progresiva y adecuada para lograr su normalización.

Igualmente, en el ámbito de la propiedad horizontal, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2011 sobre accesibilidad en un edificio de propiedad horizontal y supresión de barreras arquitectónicas establece que en base al artículo 17.1. de la Ley de Propiedad Horizontal (en su redacción dada con motivo de la disposición adicional tercera de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad) "…la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo, o de los estatutos, requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación" y por tanto no requieren unanimidad para su validez.

En base al principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, otra cuestión esencial para las personas con discapacidad entre otras, es la falta de previsión de medidas de accesibilidad de la Administración de Justicia, ya que provoca la obstaculización del ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva. Los juzgados y demás dependencias deben eliminar las barreras

arquitectónicas y de comunicación, y en definitiva cumplir las condiciones de accesibilidad que garanticen la igualdad de oportunidades.

En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Seal vs United Kingdom estableció en su sentencia de 11 de abril de 2011, en aplicación de los artículos 12 y 13 de la Convención, relativos a la igualdad de las personas ante la Ley y el derecho de acceso a la justicia, la necesidad de eliminar los obstáculos adicionales en el camino de acceso de una persona con discapacidad a los tribunales para que puedan ser sometidos a un riguroso escrutinio basado en la claridad de las pruebas.

5. No discriminación y ajustes razonables

La *Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad* reconoce que la denegación de ajustes razonables es un tipo de discriminación, e igualmente lo reconoce el artículo 4 de la Ley 51/2003.

Como señala D. Luis Cayo Pérez Bueno en “La Configuración Jurídica de los ajustes razonables”, los ajustes razonables constituyen, en una primera dimensión, un mecanismo de garantía del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad en los casos concretos en los que cesa el dispositivo genérico de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas. Ahora bien, los ajustes razonables tienen su propia limitación y dejan de ser exigibles cuando imponen al sujeto obligado una carga excesiva o indebida o no son proporcionados.

La falta de concreción normativa a la hora de determinar si un ajuste es o no razonable, refuerza la tarea de interpretación, y da especial valor a los pronunciamientos judiciales. Por tal motivo la jurisprudencia en el ámbito de los ajustes razonables es especialmente relevante. En este caso cabe destacar la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre del año 2009, de la que fue ponente el magistrado D. José Luis Terrero Chacón. En esta sentencia, responde a un recurso interpuesto por una persona con discapacidad contra el acto administrativo de denegación por parte del Ministerio de Educación de una

beca, al no reunir el solicitante los requisitos de índole académica (número mínimo de asignaturas superadas con aprovechamiento) establecidos en la convocatoria. El Tribunal resuelve el caso fallando a favor del demandante, al aplicar directamente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y en particular los ajustes razonables por razón de discapacidad, considerando que la situación de discapacidad del acto lo sitúa en desigualdad de condiciones frente a otros solicitantes sin discapacidad y que por tanto es lícito acudir a los ajustes razonables para eximirle del cumplimiento estricto de los requisitos académicos exigidos.

Ajustes razonables en el empleo

A nivel europeo los ajustes razonables se introdujeron mediante la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que fue traspuesta a nuestro derecho interno con la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que procedió a modificar la Ley 13/1982, de 7 de abril, *de integración social de los minusválidos:*

Artículo 37 bis 2. "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 formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario […]."

Respecto al empleo público, el apartado 2 del artículo 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del *Estatuto Básico del Empleado Público* dispone que "cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad".

Es de requerida mención en este campo la aplicación del concepto de ajustes razonables en la sentencia, anteriormente señalada, de 30 de abril de 2009 en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Caso Glor v. *v. Switzerland (nº 13444/04*). En esta sentencia, en relación con la aplicación de ajustes razonables declara el Tribunal la restricción de la capacidad de los Estados para tratar de forma diferente a las personas con discapacidad cuando, como es el caso, la realización de ajustes razonables puede eliminar dicha diferencia. El tribunal sugiere que a las personas en las circunstancias de Sven se les deberían ofrecer formas alternativas de realizar el servicio militar que requieran menor esfuerzo físico y compatibles con sus limitaciones, o la realización de la Prestación Social Sustitutoria aunque no sean objetores de conciencia.

6. Principio de no discriminación como base de los derechos de las personas con discapacidad

Desde la aprobación de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de *Integración Social de los Minusválidos (LISMI)* hasta la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de *igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)*, se produce un claro avance en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias, que plasma el cambio del *modelo médico* hacia el *modelo social* que incorpora la Convención. Ahora bien, los principios y derechos que se establecen en dicha normativa, deben ser trasladados de manera transversal en el resto de derechos que afectan a las personas con discapacidad, evitándose con ello notables situaciones de discriminación.

Derecho a la educación

Sirva de ejemplo la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre del año 2009, anteriormente mencionada, que responde a un recurso interpuesto por una persona con discapacidad contra el acto administrativo de denegación por parte del Ministerio de Educación de una beca, al no reunir el solicitante los requisitos de índole académica (número mínimo de asignaturas superadas con

aprovechamiento) establecidos en la convocatoria. El Tribunal resuelve el caso fallando a favor del demandante, al aplicar directamente la Convención.

Derecho a la participación política

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo de 2010, en el caso "Alajos Kiss vs. Hungría", señala que " que la denegación del derecho a voto de un hombre con discapacidad mental, cuando su habilidad para tomar una decisión política nunca había sido verificada por ninguna autoridad judicial, es contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos"

Derecho a la movilidad personal

Además de la sentencia, anteriormente mencionada, de 6 de mayo de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid quien condena a la compañía aérea Iberia por discriminar a tres personas sordas a las que denegó el acceso a un avión, cabe hacer referencia a la Sentencia de 12 de enero de 2011 en la que un tribunal francés considera igualmente culpable a la aerolínea EasyJet de discriminar a tres pasajeros con discapacidad por no ir acompañados. Durante el juicio el abogado de los pasajeros cuestionó el peligro del modelo de negocio de bajo coste de esta entidad como fuente de discriminación.

Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte

El juzgado de Instrucción número 2 de la Audiencia Provincial de Huelva condenó en enero de 2009 por una falta de vejación injusta a pagar una multa de 200 euros al dueño de la tetería Alhambra, ubicada en la capital onubense al negarse a atender a un grupo de personas con discapacidad intelectual. Los hechos ocurrieron el 15 de febrero de 2008, cuando un grupo de jóvenes con discapacidad pretendieron sentarse en la tetería Alhambra de Huelva, donde, tras muchos rodeos, se les comunicó que no les iban a servir y se les negó el libro de reclamaciones, de manera que la Policía Local tuvo que personarse y

abrir expediente de lo sucedido. La sentencia condena al dueño por estimar que este discriminó al grupo de personas con discapacidad intelectual que asistieron a su establecimiento, al negarse a atenderles e incluso a invitarles a que abandonasen el local.

Derecho a la intimidad

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana sentenció la vulneración de la intimidad personal de un trabajador al revelar datos sobre su discapacidad. El Instituto Valenciano de Finanzas (IVF) reveló públicamente datos relativos a la incapacidad laboral de un trabajador al que despidió. Este acudió a los tribunales para solicitar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por este hecho. El TSJ reconoce en la sentencia que el IVF vulneró su derecho a la intimidad personas. La Sala, que no cree que existiera una relación de causalidad entre la divulgación de la situación personal del despedido y sus dificultades posteriores para encontrar trabajo, sí admite que la edad del demandante y su incapacidad laboral "merman objetivamente la capacidad para encontrar trabajo con independencia de que se publiciten", y con ello vulneran el principio de no discriminación e igualdad de oportunidades.

7. Conclusiones y retos

En España podemos decir que, aunque queda mucho por hacer, tenemos un elenco legislativo antidiscriminatorio razonable, si bien sufrimos una importante falta de cumplimiento de dicha normativa. En este sentido, debemos remarcar la falta de desarrollo autonómico del régimen de infracciones y sanciones previsto por la Ley 51/2003 que deja sin efecto este sistema de protección cuando la infracción se comete a nivel autonómico.

Durante el año 2011 el número de consultas que se recibieron en la asesoría jurídica del CERMI ascendieron a un total de 428, siendo el número de consultas que reclaman el respeto al derecho de no discriminación por razón de discapacidad el más relevante. Estas consultas pasaron de representar un

3% del total de consultas en 2009 a representar el 9% en 2010. En 2011, las reclamaciones con base en la LIONDAU o en la Convención de la ONU han sido de 85, el 20% del total de las consultas.. Según establece el informe que recoge estas estadísticas "Esto supone un incremento constante de la percepción de las personas con discapacidad en relación al respeto de sus derechos en igualdad de oportunidades".

Hay mucho camino por recorrer para eliminar las situaciones de discriminación por motivo de discapacidad y lograr alcanzar la igualdad de oportunidades. Para seguir avanzando, como anima el CERMI, es necesario que las propias personas con discapacidad sean proactivas a la hora de defender sus derechos. Para facilitar este camino ha publicado la "Guía para la Autodefensa de las Personas con Discapacidad" y ha reforzado la red de defensa legal de la Discapacidad para contrarrestar las vulneraciones de derechos.

Bibliografía

CABRA DE LUNA, M. A.: *"Personas con Discapacidad y Derecho: Cuestiones de Actualidad y Ejes para una Renovación Jurídica",* en *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad,* Escuela Libre Editorial, Madrid, 2003.

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 50/2003, 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, nº 3, Madrid, noviembre 2004.

CABRA DE LUNA, M.A.: "*Una de las leyes más innovadoras de Europa*", en Revista Perfiles, núm. 193, Madrid, diciembre2003.

CABRA DE LUNA, MIGUEL .A. Y OTROS: "*Legislación sobre Discapacidad, Colección Códigos Básicos, preparada por Esperanza Alcaín*", Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, CERMI, THOMSON-Aranzadi, 2005.

CABRA DE LUNA, MIGUEL A. Y OTROS: "*Curso de Protección Jurídica de Personas con Discapacidad"*, CD-Consejo General de la Abogacía, 2005.

CABRA DE LUNA, MIGUEL A. Y OTROS: "*La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales*" en la Obra: "*Régimen Jurídico de las Personas con Discapacidad en España y en la Unión Europea*", Madrid: Editorial Comares, 2006.

CABRA DE LUNA, M.A, BARIFFI, F, PALACIOS, A.: "*Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de la ONU".* Madrid: Editorial Universitaria Ramón. Areces. 2007.

GIMÉNEZ GLUCK, D.: "*El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español*". *Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Madrid: Aranzadi. · 2010

MARTÍNEZ PUJALTE, A.L.: "*Los principios básicos del nuevo derecho español de la discapacidad a la luz de la LIONDAU*". *Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Aranzadi, Madrid, 2010.

MORA GONZALEZ, V.: "*Régimen jurídico del sistema español de empleo para personas con discapacidad". Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*. Madrid: Aranzadi. 2010.

PALACIOS, A. y BARIFFI, F. "*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*." Serie: Telefónica Accesible, nº 4. Madrid, Ediciones Cinca, 2007.

PALACIOS, A.: "*El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".* Serie Cermi.es Nº 36. Madrid. Cincas. 2008.

-"Medidas relacionadas con la igualdad y la no discriminación en la implementación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad". 2008.

PÉREZ BUENO, L. C. y SASTRE, A. (Dir.): "*Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2008*." Serie: Convención ONU, nº 1. Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2009.

PÉREZ BUENO, L. C. y SASTRE, A. (Dir.):"*Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2009*. "Serie: Convención ONU, nº 2. Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2010.

PÉREZ BUENO, L. C. y SASTRE, A. (Dir.). "*Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2010*." Serie: Convención ONU, nº 5. Madrid,

Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2011, 134 págs.

PÉREZ BUENO, L. C. "*Discapacidad, derecho y políticas de inclusión"*. Serie: Cermi.es. Madrid, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, 2010.

REAL PATRONADO DE LA DISCAPACIDAD.: "*Declaración de Madrid. No discriminación más acción positiva es igual a inclusión social". Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad,* nº 51-52, 2002.

ITINERARIO VITAL DE MIGUEL ÁNGEL CABRA DE LUNA

Natalia Barrio Fernández

Directora de la Unidad de Desarrollo, Dirección de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos, Fundación ONCE
nbarrio@fundacionONCE.es

Nacido en Málaga en 1954, cursa en esta ciudad estudios de bachillerato en el Colegio “El Palo” dirigido por los Padres Jesuitas, experiencia que, según sus propias palabras, le ha influido de manera especial a la hora de enfrentarse con análisis y determinación a las distintas circunstancias y vicisitudes que le ha deparado la vida. En 1977 se licencia en Derecho por la Universidad de Granada con calificación de sobresaliente, y será en esta misma Universidad donde años más tarde (1997) obtenga un Doctorado “Cum Laude” en Derecho con su tesis doctoral “*El Tercer Sector y las Fundaciones de España hacia el nuevo milenio. Enfoque económico, sociológico y jurídico”,* que fue posteriormente publicada bajo este mismo título, convirtiéndose en un referente para profesionales y estudiosos de este sector.

Del resto de su formación académica cabe destacar que es Diplomado en Alta Dirección Pública y en Técnicas de Organización y Dirección (1989) por el Instituto Europeo de Administración Pública de Maastricht y el Instituto Nacional de Administración Pública, y Diplomado en Administración y Dirección de Empresas (1990) por el Instituto de Estudios Superiores de la Empresa (IESE) de la Universidad de Navarra. Asimismo es Experto en Defensa Nacional por la Universidad Rey Juan Carlos (2007).

La trayectoria profesional de Miguel Angel Cabra de Luna comienza en 1979 cuando obtiene por oposición un puesto de funcionario de la Escala Técnica Superior de Gestión de Organismos Autónomos. En los años siguientes ocupará cargos de responsabilidad en la Administración Pública, destacando entre ellos el de Subdirector General de Estudios y Normativa de la Dirección General de Acción Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como el de Subdirector General de Pensiones y Prestaciones Asistenciales, Asistencia Técnica y Tutela de la Dirección General de Acción Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En 1987 deja la Administración para pasar a ocupar el cargo de Secretario General de la Asamblea Suprema de Cruz Roja Española, donde permaneció hasta 1991. Años de gran dedicación e intenso trabajo al coincidir con una etapa de profunda reorganización interna de la ONG, así como de gran

desarrollo y modernización, en respuesta a los nuevos retos que planteaba la sociedad española de la época a la par que el cambiante contexto internacional.

Regresa a la Administración como Director del Gabinete Técnico de la Secretaría General para la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hasta 1993, cuando es nombrado Consejero Delegado de Desarrollo de Proyectos Sociales, S.A (empresa ya extinguida cuyo objeto social era el desarrollo de proyectos empresariales a favor del empleo de las personas con discapacidad, así como la captación de fondos públicos o privados para tales efectos) y Director Técnico de la Fundación ONCE, organización que será el eje alrededor del cual girará toda su prolífica actividad laboral posterior tanto en el ámbito estatal como en el europeo. En esta misma época es elegido también Secretario General de la Confederación Española de Fundaciones (CEF), lo que intensifica su implicación y aportación al desarrollo del sector fundacional y, por extensión, al del Tercer Sector.

Son muchos y de diferente índole los cargos que, tanto por su reconocida experiencia y probada valía, como por su personalidad curiosa e inquieta, ocupa en la actualidad. Desde 2000 es Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos de Fundación ONCE, Vocal de la Junta Directiva de la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) desde 1993, Director de los Servicios Jurídicos del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) desde 2008 (tras haber prestado servicios como asesor jurídico de este Comité desde 1997 y colaborado en iniciativas precedentes desde 1993), Patrono de la Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado desde 1999, Vocal del Consejo del Real Patronato sobre Discapacidad y Portavoz de la Comisión de Expertos de Legislación sobre Discapacidad desde junio de 2004, Vocal Suplente del Consejo para el Fomento de la Economía Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desde 2003 y Vocal de la Junta Directiva de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social desde 2006. Es además, a título personal, desde 1996 Presidente del Comité Español de Bienestar Social

(CEBS), Asociación de Utilidad Pública, filial del Consejo Internacional de Bienestar Social.

Cuando hablamos de su participación en el ámbito europeo - hecho que responde sin lugar a dudas tanto a su naturaleza expansiva como a una gran vocación europeísta -, es obligado subrayar la gran contribución que Miguel Angel ha hecho en pro del reconocimiento y desarrollo del sector de la discapacidad, de la Economía Social y del Tercer Sector español en Europa, contribuyendo con su trabajo al posicionamiento de la sociedad civil española y a la defensa de sus intereses ante las instituciones europeas y ante los otros socios comunitarios. En este contexto, cabe destacar que es Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en representación de la Confederación Empresarial para la Economía Social (CEPES) desde 1998. El CESE es la máxima institución consultiva de la UE en materia de política económica y social comunitaria. Como Consejero del CESE ha sido ponente de diversos dictámenes y miembro de grupos de estudio en relación con distintas iniciativas europeas referentes a política social, Fondos Estructurales, contratación pública, política de competencia, política fiscal, inmigración, discapacidad, Economía Social, terrorismo, sociedad civil organizada y otros temas de interés para España. Es también desde 1997 Miembro titular de Social Economy Europe (SEE), entidad representativa de la economía social en Europa. En relación con el sector fundacional, ha participado de forma muy activa desde 1996 en el Centro Europeo de Fundaciones (European Foundation Center), plataforma de encuentro e intercambio de experiencias de las principales fundaciones europeas y de representación institucional ante la UE. En el EFC actualmente es miembro del Consejo de Gobierno y en el pasado lo fue de su Comité Ejecutivo. También ha presidido comités sectoriales de diversa índole, todo ello con gran acierto y éxito, siempre en representación de los intereses de la Fundación ONCE y de todas las fundaciones españolas asociadas al EFC que reiteradamente y de forma democrática lo han decidido así.

A pesar de la frenética actividad profesional que se refleja en estas líneas, ha encontrado también tiempo para dedicarse ocasionalmente a la práctica

docente, pues Miguel Ángel está convencido de la importancia de transferir el conocimiento y pasar el relevo a las generaciones siguientes, y dar así sentido y continuidad al esfuerzo y trabajo realizados. Así, de 1992 a 2006 fue profesor en materia de Servicios Sociales en el “Curso de Altos Estudios de Seguridad Social”, auspiciado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) en Madrid. De 1996 a 1998, fue profesor en los Cursos de Doctorado sobre “Derechos de las Minorías y Grupos Diferenciados” y “Las Fundaciones en España” en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Entre 1993 y 2006 dirigió el Módulo de Fundaciones en el Máster de Dirección y Gestión de Fundaciones y Entidades No Lucrativas organizado por el Centro Internacional Carlos V de la Universidad Autónoma de Madrid, donde es desde entonces Profesor Honorario. En 2004 colaboró con la Facultad de Educación de la Universidad de Murcia como Profesor en el Máster/Especialista Universitario en “Mediación para la Vida Autónoma e Independiente de Personas con Discapacidad Psíquica “. En 2007 fue profesor del IV Curso de Especialización en Dirección de Fundaciones organizado por el CEU y la Asociación Española de Fundaciones (AEF). En la actualidad continúa colaborando como profesor del Máster de Fundaciones y Entidades No Lucrativas organizado por el Centro Internacional Carlos V de la Universidad Autónoma de Madrid.

Simultáneamente ha participado activamente en cursos, seminarios y jornadas técnicas, aportando su visión y conocimiento sobre temas tales como el de las personas con discapacidad y sus familias, el empleo, las fundaciones, las entidades no lucrativas, el Tercer Sector, la Economía Social, la protección social y las políticas europeas, tanto en el ámbito nacional como internacional.

Como se ha comentado anteriormente, es autor de la obra que recoge su tesis doctoral y autor o coautor de otros 35 libros. A día de hoy tiene en imprenta cuatro obras colectivas de próxima publicación. Asimismo, desde 1983 hasta la actualidad ha escrito más de 75 artículos que han sido publicados en revistas especializadas.

Está en posesión de diferentes distinciones y reconocimientos, tales como la Cruz de Oficial de la Orden de Isabel La Católica (1992), la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (2006) y la Medalla de Honor del Comité Económico y Social Europeo (2006). En 2008 le concedieron la Distinción del Defensor de los Derechos de las Personas con Discapacidad en reconocimiento a la labor realizada en este ámbito a lo largo de su carrera.

Y dado que la presente obra colectiva se centra en el estudio de la no discriminación de las personas con discapacidad en España, 10 años después de la entrada en vigor de la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, no quisiera dejar de mencionar la aportación de Miguel Angel al desarrollo normativo a favor del colectivo de las personas con discapacidad y sus familias, al que ha contribuido de forma muy personal y directa, así como a su posterior impulso y aplicación. Detallo pues algunas de las leyes que, bajo mi humilde punto de vista, han supuesto un hito en la consecución de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias y en las que él ha tomado parte: *Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad*; *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (traspuesta por la Ley 62/2003);* la propia *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*; *Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad*; *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*; *Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad*; *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y*

accesibilidad universal de las personas con discapacidad; *Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado*; *Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones*; *Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social*; *Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad*; *Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio; Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad*; *Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*; *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*; y las más reciente de todas, la *Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social*.

Del itinerario vital de Miguel Ángel Cabra de Luna se puede concluir que no nos encontramos ante una personalidad común, sino todo lo contario, ante un ser humano extraordinario, con un carácter enérgico, proactivo y expansivo, que le convierte en un profesional de gran creatividad y productividad, metódico, exigente y riguroso consigo mismo y con los que le rodean, y cuyo optimismo y entusiasmo contagioso sólo puede ser el de aquél que cree que un futuro mejor para todos puede ser una realidad.