



Colección
Convención ONU

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE
LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD - 2006/2016:
UNA DÉCADA DE VIGENCIA

Ediciones cinco



DIRECTORES:

Luis Cayo Pérez Bueno
Leonor Lidón Heras

CON EL APOYO DE:



PRIMERA EDICIÓN: octubre, 2016

© **DEL TEXTO:** Sus autores

© **DE ESTA EDICIÓN:** CERMI y Fundación Derecho y Discapacidad

© **ILUSTRACIÓN DE CUBIERTA:** David de la Fuente Coello, 2016.

Reservados todos los derechos.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en esta obra incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que Ediciones Cinco se identifique con las mismas.

DISEÑO DE LA COLECCIÓN:

Juan Vidaurre

**PRODUCCIÓN EDITORIAL,
COORDINACIÓN TÉCNICA
E IMPRESIÓN:**

Grupo Editorial Cinco
c/ General Ibáñez Íbero, 5A
28003 Madrid

Tel.: 91 553 22 72.

grupoeditorial@edicionescinco.com

www.edicionescinco.com

DEPÓSITO LEGAL: M-35104-2016

ISBN: 978-84-16668-21-2

LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - 2006/2016: UNA DÉCADA DE VIGENCIA

Luis Cayo Pérez Bueno
Rafael de Lorenzo
(Directores)

Beatriz de Miguel Vijandi
(Coordinación técnica)

ÍNDICE

NOTA DE PRESENTACIÓN DE LOS CO-DIRECTORES <i>Luis Cayo Pérez Bueno</i> <i>Rafael de Lorenzo García</i>	9
I. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: BALANCE DE UNA DÉCADA DE VIGENCIA <i>Rafael de Lorenzo García</i> <i>Agustina Palacios</i>	13
II. LA UNIÓN EUROPEA COMO PARTE DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <i>Miguel Ángel Cabra de Luna</i> <i>Javier Güemes Pedraza</i>	63
III. LA INTERSECCIONALIDAD DE GÉNERO Y DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD <i>Isabel Caballero Pérez</i>	93
IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MARCO DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA <i>Rafael de Asís</i>	129
V. DERECHOS EN CONFLICTO, CONFLICTO DE DERECHOS: PRINCIPALES FRICCIONES ENTRE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL ESPAÑOLA <i>Antonio-Luis Martínez-Pujalte</i>	149



VI. LA RECEPCIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA ESPAÑOLAS
Juan Manuel Fernández Martínez..... 187

VII. EL EXAMEN DE ESPAÑA EN APLICACION DE LA CONVENCION: ASIGNATURAS PENDIENTES Y CAMINO RECORRIDO
Isabel María Martínez Lozano 217

VIII. EL IMPACTO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS TERRITORIOS: EL CASO DE CANTABRIA
María Olga Sánchez Martínez
José Ignacio Solar Cayón 237

IX. MECANISMOS DE SEGUIMIENTO NACIONAL DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CASO DE ESPAÑA
Leonor Lidón Heras 267

X. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: LA AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE UNA DÉCADA DESPUÉS
Luis Cayo Pérez Bueno 295

XI. BIBLIOGRAFÍA
Beatriz de Miguel Vijandi 317

NOTA DE PRESENTACIÓN DE LOS CO-DIRECTORES

Los co-directores deseamos transmitir mediante esta nota de presentación, por un lado, la motivación que nos ha llevado a impulsar la elaboración de este trabajo y, por otro lado, contextualizar al lector proporcionándole algunas indicaciones iniciales que faciliten una visión global de la estructura y contenidos de la obra.

Aunque parezca extraño, la idea de llevar a cabo esta obra colectiva sobre de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad nació hace diez años. Era este un imperativo desiderativo de los co-directores de esta obra y una necesidad académica y científica que surgió al aprobarse la Convención en el año 2006. Entonces, ambos coincidimos en lo positivo de producir una obra colectiva de comentarios sobre la Convención, que realizara una revisión transversal y análisis crítico de los elementos de interés en relación con este instrumento legal de protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad. Un estudio cuyo alcance abarcara desde lo relativo al proceso de elaboración, como todo lo atingente a sus contenidos y aplicación. Pero para ello necesariamente había que esperar un tiempo para tomar perspectiva y poder valorar adecuadamente todas estas materias.

El resultado de esta voluntad surgida hace una década es la presente obra, que se estructura en diez enjundiosos capítulos a cargo de trece reconocidos autores, todos ellos juristas, académicos o expertos de primera línea, y a quienes agradecemos sinceramente sus espléndidas contribuciones.



Comienza el trabajo con un capítulo a cargo de Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, que aporta una mirada panorámica y global de la Convención, realizando un recorrido por los principales hitos históricos en el proceso de gestación, elaboración y aprobación de la Convención, hasta que sus Estados firmantes comenzaran a integrarlo en sus ordenamientos jurídicos internos. Igualmente, proporciona una detallada visión del proceso de ratificación e integración de la Convención en España, destacando las principales adaptaciones normativas realizadas y apuntando a las consideraciones sobre los pronunciamientos judiciales relevantes en la aplicación de la Convención.

A continuación, el capítulo de Miguel Ángel Cabra de Luna y Javier Güemes efectúa una interesante narración sobre el proceso de negociación de la Convención previo a la adopción, así como un profundo análisis y reflexión acerca del papel jugado por la Unión Europea (UE). Igualmente, estudia el proceso y resultados de la adopción de la Convención por la UE, destacando el importante papel jugado por el movimiento asociativo de la discapacidad.

A su vez, Isabel Caballero dedica un capítulo a la interseccionalidad de género desde la perspectiva de la discapacidad. La interseccionalidad viene cobrando protagonismo en la perspectiva de género dentro del discurso académico como método de interpretación y abordaje de las desigualdades que afectan a las mujeres. Ha producido importantes conceptos, como la discriminación múltiple, y ha pasado a representar, posiblemente, la estrategia política más importante que ha permitido abordar la desigualdad de género desde todos los ámbitos y todos los niveles. Para abordar esta cuestión, el capítulo incorpora un rastreo de los antecedentes legales sobre la cuestión, para después abordar la interseccionalidad desde la perspectiva de la discapacidad, y realizar un análisis de su aplicación en la jurisprudencia internacional.

Otro tema de singular relevancia es el conferido a la labor de encontrar o determinar el significado de las normas de derechos, esto es, su interpretación, para lo cual cobran especial relevancia los tratados internacionales. En esta línea, Rafael de Asís se ocupa de la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española a la luz de la Convención. Una



compleja tarea que aborda con tino, apuntando al final a los problemas que surgen en la implementación de la Convención.

Igualmente, surgen fricciones jurídicas entre los ordenamientos jurídicos internos y la Convención, llegando en ocasiones a casos en los que la aplicación de las dos normas pueden incluso prescribir tratamientos incompatibles entre sí. En esta cuestión problemática, desde un esclarecedora introducción sobre la posición de la discapacidad en la Constitución española, se sumerge Antonio-Luis Martínez-Pujalte, quién profundiza en los conflictos jurídicos que surgen en varias cuestiones tan sensibles e importantes como son el aborto por razón de discapacidad, la esterilización forzosa, la educación inclusiva y la privación del derecho de sufragio, y da relevantes reflexiones al respecto.

Por su parte, Juan Manuel Fernández se adentra de lleno en el asunto de la aplicación efectiva de la Convención al centrar el foco en la recepción de la Convención en la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Sin duda, un elemento cardinal para hacer verdaderamente efectivo el disfrute de los derechos reconocidos en la Convención.

Seguidamente, Isabel Martínez Lozano despliega un detallado y riguroso repaso de la aplicación de la Convención en España, poniendo el acento en el examen que realizó Naciones Unidas a España, y que se materializó en el Documento de observaciones finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, producido durante el Sexto periodo de sesiones del 19 al 23 de septiembre de 2011. Este importante informe analizaba los informes presentados por España en virtud del artículo 35 de la Convención, y es un instrumento de referencia para reivindicar el impulso del avance normativo a la luz de la Convención en nuestro país. Y, complementariamente, desde una perspectiva territorial, M^a Olga Sánchez y José Ignacio Solar profundizan en el impacto de la Convención en Cantabria.

Otro importante elemento en relación con la Convención es el seguimiento de su aplicación, esencial para valorar el grado de alcance en el reconocimiento y efectividad de sus derechos, a lo cual se dedica Leonor Lidón.



Posteriormente, Luis Cayo Pérez Bueno aporta el enfoque de futuro en su capítulo, dedicado a la agenda legislativa pendiente. Puesto que no se trata únicamente de celebrar complacientemente mediante esta obra la aprobación de la Convención, sino de realizar simultáneamente una reflexión crítica de los avances legislativos alcanzados, así como del progreso normativo que aún está pendiente de impulsar.

Concluye la obra con un amplio capítulo bibliográfico, a cargo de Beatriz de Miguel Vijandi, que trata de reunir las referencias bibliográficas y recursos más relevantes y recientes en relación con la Convención y sus diferentes áreas temáticas.

El momento actual, transcurrida ya una década completa desde su aprobación, es el oportuno para que esta obra vea la luz. Después de un plazo de diez años de necesaria maduración, despliegue conceptual e intelectual, finalmente con este trabajo los codirectores conseguimos la vieja aspiración que mencionábamos al inicio de esta nota de presentación de producir una obra completa de comentarios, reflexión y análisis crítico de la Convención.

Los co-directores estamos muy agradecidos a los autores por sus generosas colaboraciones, a las que no hay duda que han dedicado gran esfuerzo y celo, y que, gracias a ello, confiamos en que la presente obra haga justicia a la relevancia del hecho que celebra: una década de vigencia de un instrumento tan importante para la reivindicación y protección jurídica de los derechos de las personas con discapacidad. Asimismo, agradecemos a los editores, ediciones Cinca y CERMI y la Fundación Derecho y Discapacidad, por la espléndida labor de edición realizada. Por último, deseamos que el presente trabajo pueda contribuir a facilitar el avance que queda pendiente alcanzar en los próximos diez años, puesto que aún tenemos mucho trabajo por delante.

*Luis Cayo Pérez Bueno
Rafael de Lorenzo García*

I. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: BALANCE DE UNA DÉCADA DE VIGENCIA

Rafael de Lorenzo García

Secretario General del Consejo General de la ONCE
Secretario General de la Plataforma del Tercer Sector
Profesor Asociado, acreditado Titular, de la UNED

Agustina Palacios

Investigadora Adjunta de CONICET, Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)
Relatora Argentina de la Red Iberoamericana de Expertos sobre la CDPD

SUMARIO: 1. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS. –2. IMPACTO MUNDIAL Y EUROPEO. 2.1. Necesidad, clima y proceso de elaboración de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2.2. Los grandes hilos conductores y los contenidos esenciales de la Convención y su impacto en el derecho internacional. 2.3. Análisis y alcance de las Observaciones Generales del Comité de Seguimiento. 2.4. El proceso de despliegue de la Convención a nivel mundial. –3. IMPACTO DE LA CONVENCION EN ESPAÑA. 3.1. El proceso de incorporación de la Convención en España. 3.2. Las adaptaciones a la Convención operadas en el Derecho Español: intento de radiografía de cambios normativos sectoriales. 3.3. Algunas consideraciones sobre pronunciamientos judiciales relevantes. –4. CONCLUSIONES



1. COMENTARIOS INTRODUCTORIOS

Con el objeto de ofrecer simultáneamente una visión panorámica y una valoración de la década de vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que se celebra el próximo 13 de diciembre de 2016, el presente capítulo adopta una perspectiva geográfica en su estructura, articulándose sobre dos grandes bloques: de un lado el impacto internacional y, de otro lado, el impacto en España.

Con este enfoque, en primer lugar se realiza un recorrido por los principales hitos históricos en el proceso de gestación, elaboración y aprobación de la Convención, desde que se detectara la necesidad de una herramienta de protección legal internacional y transversal de los derechos de las personas con discapacidad hasta que dicho instrumento fue finalmente aprobado, y sus Estados firmantes comenzaron a integrarlo en sus ordenamientos jurídicos internos. Igualmente, se destacan la filosofía y principales contenidos de la Convención, así como un análisis de las Observaciones que ha realizado el Comité de Seguimiento de la Convención, tanto interpretativas con carácter general (Observaciones Generales) como de la aplicación y seguimiento en cada Estado Parte de la Convención (Observaciones Finales a los Estado Parte). Para completar la visión del impacto internacional de la Convención, se incorpora un repaso sobre algunos de los países que han modificado parte de su legislación interna a la luz del artículo 4 del Tratado.

Mientras, la segunda parte del capítulo se centra en el impacto de la Convención en España, detallando su proceso de incorporación en nuestro ordenamiento jurídico, tanto transversal como sectorial. Y dado que una parte esencial de los derechos es su defensa y aplicación efectiva, se completa la visión del impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico español con un comentario a algunos pronunciamientos judiciales en materias de gran relevancia, como son la capacidad jurídica o la educación, entre otros.

Concluye el capítulo con un apartado que recoge las conclusiones más relevantes.



2. IMPACTO MUNDIAL Y EUROPEO

2.1. Necesidad, clima y proceso de elaboración de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Al analizarse el sistema internacional de derechos humanos en el contexto de la discapacidad, muchas eran las críticas que subrayaban una carencia, consistente en que la discapacidad no contara –al igual que en el contexto de género e infancia, por ejemplo– con un instrumento vinculante de protección específica.

El primer intento de Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue presentado por Italia en la Cuadragésima Segunda Sesión de la Asamblea General, que se celebró en el año 1987¹. En 1988, Suecia hizo un nuevo intento en la Cuadragésima Cuarta Sesión de la Asamblea General, pero ninguno de los dos países tuvo éxito². Unos años más tarde, volvió a insistirse sobre la necesidad de la Convención a partir de la publicación de dos informes realizados en el marco de Naciones Unidas, en los que se destacaba que las personas con discapacidad se encontraban *invisibilizadas* dentro del sistema universal de protección de derechos humanos, y que, a diferencia de otros grupos –tales como mujeres y niños y niñas–, no contaban con un instrumento jurídicamente vinculante ni con un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa³.

De manera concordante, desde el movimiento de personas con discapacidad hacía tiempo que se venía insistiendo en la necesidad de contar con un docu-

¹ Cfr. “Human Rights and Persons with Disabilities”, United Nations Enable, Dcto. N. 29-30, 2002.

² La oposición se encontraba fundamentalmente motivada por una preocupación general respecto de que el régimen de derechos humanos fuera aun demasiado exigente y difuso, y que los mecanismos existentes podían proveer una adecuada protección a las cuestiones relativas a la discapacidad. Por otro lado, algunas Delegaciones alegaban que podrían presentarse muchas dificultades a la hora de la ratificación de una Convención de este tipo, como consecuencia de que sus propias legislaciones no abordaban la discapacidad como motivo de discriminación. Vid. DHIR AARON, A., “Human Rights Treaty Drafting through the Lens of Mental Disability: The proposed International Convention on Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities”, *Stanford Journal of International Law*, 181, 2005, p. 185.

³ Vid. DESPOUY, L., Leandro, Human rights and disabled persons. New York: United Nations, UN/93198, (Human rights study series; no. 6); y *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*, 2002.



mento vinculante. En el año 2000 se celebró en Beijing una Cumbre Mundial de organizaciones no gubernamentales dedicadas a la discapacidad, en donde sugirió, una vez más, la necesidad de una Convención temática. La Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Nuevo Siglo, afirmaba que era ese el momento oportuno para que las organizaciones no gubernamentales y los Estados colaborasen en un proceso dirigido a la elaboración y adopción de una Convención Internacional⁴.

En el año 2001, durante el transcurso del Debate General correspondiente a la Sesión N° 56 de la Asamblea General, fue aprobada una Propuesta del Presidente de México, en la cual se instaba al establecimiento de un “Comité Especial”, a los fines de analizar la posible elaboración de una Convención específica sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵. Mediante la Resolución citada, la Asamblea General reconocía que: “a pesar de los esfuerzos emprendidos (por órganos y organizaciones) para aumentar la cooperación y la integración, además de la concienciación y sensibilización acerca de las cuestiones relativas a la discapacidad, ellos no han sido suficientes para promover una participación y oportunidades plenas y efectivas de las personas con discapacidad en la vida económica, social, cultural y política”⁶.

De este modo, la Asamblea decidió establecer un Comité Especial, abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas que trabajara sobre la base de un enfoque holístico en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social⁷. La idea fue apoyada por muchas ONG internacionales y nacionales dedicadas a la protección de los derechos de este colectivo.

⁴ Cfr. “Declaración de Beijing sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el nuevo siglo”, Adoptada el 12 de marzo de 2000, durante la Cumbre Mundial de Organizaciones no gubernamentales sobre Discapacidad. La conferencia instaba a los Jefes de Gobierno de los Estados al inicio del proceso de elaboración de la citada Convención, al mismo tiempo que comprometían a las organizaciones participantes, en el esfuerzo de alcanzar un instrumento jurídico internacional con fuerza vinculante.

⁵ Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

⁶ Ídem, Preámbulo.

⁷ Con posterioridad a la Resolución 56/168, la Comisión de Desarrollo Social adoptó con fecha 21/2/02 una Resolución en el mismo sentido que la que se está evaluando y la Comisión de Derechos Humanos, con fecha 26/4/02, la Resolución 2002/61.



El Comité Especial celebró ocho reuniones. La primera en el mes de agosto del año 2002, y la última se extendió del 14 al 25 de agosto, y el día 5 de diciembre de 2006, adoptándose el texto de la Convención, que posteriormente fue aprobado por la Asamblea General el día 13 de diciembre de 2006⁸.

El proceso fue muy enriquecedor, y contó con un elemento fundamental que debe subrayarse: la participación de las personas con discapacidad. El Comité Especial implementó una innovación procedimental muy interesante, que consistió en abrir la participación en el proceso, a las organizaciones no gubernamentales (ONGs). Podían estar presentes en las Sesiones Plenarias y participar activamente en el Debate (generalmente, una vez que los Estados terminaban de debatir sobre una determinada cuestión, se les otorgaba la palabra, a fin de que pudieran ofrecer su opinión). Por otro lado, estas organizaciones realizaron una muy importante labor de *lobby* durante todo el proceso, identificando los Estados más remisos o reticentes en cada uno de los temas abordados y centrando sus esfuerzos para llegar a consensos que aproximaran soluciones a los problemas a los que se enfrentan las personas con discapacidad⁹.

Esta participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad ha sido uno de los puntos más interesantes y enriquecedores del proceso, al mismo tiempo que la plasmación de uno de los principios básicos de la lucha del movimiento, y de la ideología inherente al modelo social, que se expresa bajo el lema: “nada sobre las personas con discapacidad sin las personas con discapacidad”.

Si bien ya en la Primera Sesión del Comité Especial participaron representantes de organizaciones de personas con discapacidad y de ONG relacionadas con el tema, fue en la Segunda Sesión cuando se fundó lo que sería denominado

⁸ Para un desarrollo detallado sobre el transcurso de las reuniones, Vid Palacios, A., El modelo social de discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Cinca, Madrid, 2008.,pp.239 y ss. Disponible en: <http://www.cermi.es/es-ES/ColeccionesCermi/Cermi.es/Lists/Coleccion/Attachments/64/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>

⁹ El CERMI participó activamente en este proceso, tanto a través de la Subcomisión de Expertos de la ONU del Real Patronato de la Discapacidad, organismo autónomo del MTAS español, como a través del Foro Europeo de la Discapacidad.



el “Caucus Internacional sobre discapacidad”¹⁰ (*International Disability Caucus*, IDC, por sus siglas en inglés) con la participación de alrededor de veinticinco organizaciones (internacionales, regionales y algunas de carácter nacional) que al final del proceso habrían alcanzado aproximadamente a setenta. Esta instancia de coordinación, preparó y articuló desde esta Segunda Sesión hasta el final del proceso, todas las acciones de incidencia y de aportaciones en la elaboración de la Convención¹¹.

La participación plena de las personas con discapacidad fue un elemento fundamental que quedó plasmado, sin duda, en el texto del articulado. Igualmente, el propio proceso de elaboración de la Convención resultó muy enriquecedor para todos los actores intervinientes. Entre otras razones, porque incrementó la conciencia pública respecto del enfoque de derechos en el ámbito de la discapacidad, trayendo a la superficie violaciones de derechos humanos ignoradas, desarrollando fundamentos y apoyo mutuo por parte de las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos, catalizando desarrollos programáticos, y facilitando el costo efectivo de la colección de datos¹².

¹⁰ El término caucus es una palabra inglesa, cuya traducción al español sería “comité”. No obstante, se utilizará la palabra caucus, porque así ha sido denominado en todos los Documentos utilizados en Naciones Unidas durante el proceso de elaboración de la Convención.

¹¹ Las organizaciones del IDC, que participaron en el proceso han sido, entre otras, las siguientes: por parte de las Organizaciones de la Alianza Internacional de Discapacidad (IDA según sus siglas en inglés): la Organización Mundial de Personas con Discapacidad; la Unión Mundial de Ciegos; la Federación Internacional de Sordos; la Federación Internacional de Sordo-Ciegos; Inclusión Internacional; Rehabilitación Internacional; La Red Mundial de Usuarios y Sobrevivientes de la Psiquiatría. Por parte de las Organizaciones regionales: el Foro Europeo de la Discapacidad (EDF, según sus siglas en inglés); la Red Iberoamericana de Organizaciones No Gubernamentales de Personas con Discapacidad y sus Familias (RIADIS); la Liga de Organizaciones de Personas con Discapacidad de los Países Árabes. Asimismo, participaron ONG internacionales, como: Handicap International (HI); la Red de Sobrevivientes de Minas (LSN, en sus siglas en inglés); Save the Children; Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo (IIDDI); El Centro Internacional de Rehabilitación (CIR), entre otras. Cfr. “Por un mundo accesible e inclusivo. Guía Básica para comprender y utilizar la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad”, cit. En relación a las ONG representativas de las personas con discapacidad a nivel mundial Vid. VILLARINO VILLARINO P, “Las organizaciones representativas de las personas con discapacidad a nivel internacional: El Foro Europeo de Discapacidad y las organizaciones representativas a nivel mundial”, op. cit. pp. 249-272.

¹² National Council on Disability, *Understanding the role of an International Convention on the Human Rights of People with Disabilities 3*, 2002, disponible en: www.rightsforall.org/docs/ncd_whitepaper.doc



2.2. Los grandes hilos conductores y los contenidos esenciales de la Convención y su impacto en el derecho internacional

Su filosofía

La Convención recoge, sin duda, el modelo social de discapacidad. Ello conduce a asumir un marco filosófico y sociológico referencial, que aborda la temática desde los valores y principios que sustentan a los derechos humanos¹³. Aceptar, y comprender, que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos ha supuesto un cambio de paradigma, que se resume en el hecho de considerar los problemas que enfrentan las personas con discapacidad como problemas de derechos humanos, y, derivado de lo anterior, que las respuestas ofrecidas a dichos problemas deben asimismo ser pensadas y elaboradas –desde y hacia– el respeto de los valores que sustentan dichos derechos¹⁴.

Si bien la perspectiva del instrumento fue debatida entre dos modelos que parecían presentar como excluyentes el enfoque de derechos y el enfoque de desarrollo social, finalmente se llegó a una solución holística¹⁵. Así, la Resolución 56/168 de la Asamblea General estableció la creación de un Comité Especial "para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, sobre la base de un enfoque holístico de la labor realizada en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación..."¹⁶.

¹³ PALACIOS, A, "La discapacidad mental como cuestión de derechos humanos a la luz del desarrollo de nuestra jurisprudencia constitucional", en la obra *Máximos precedentes. Derecho de Familia*, Kemelmajer de Carlucci, Aida, Lloveras, Nora, Herrera, Marisa, La Ley, 2014, Tomo IV, pp. 700 y ss.

¹⁴ DE ASIS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2014.

¹⁵ En este sentido, en el marco de los debates se sostuvo que: "(...) esta visión parte del principio de que los derechos civiles y políticos no pueden ejercerse de manera real si éstos no se encuentran sustentados en el ejercicio de los derechos económicos y sociales, como el derecho a una educación y a un sistema de salud de calidad, o el acceso a un trabajo digno y suficientemente remunerado. Por ello, puede decirse que tomar la perspectiva que pretende asegurar el respeto íntegro a todos los derechos humanos de las personas, en este caso de las personas con discapacidad, contiene ya la perspectiva del desarrollo social. Además, esta perspectiva tiene la ventaja de fundamentarse en el reconocimiento de que las personas tienen derechos y, por lo tanto, hace de ellos medidas exigibles que provee a las personas de la capacidad para demandarlos como tales. Así, si estos derechos son garantizados, se convierten en palancas efectivas para garantizar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de las sociedades." Cfr. *Informal briefing on the Ad Hoc Committee* 26 June 2002, United Nations, New York Síntesis Ejecutiva de los debates de la Sesión de Expertos, cit.

¹⁶ Resolución 56/168 de la Asamblea General, cit.,parr.1.



El tipo de Convención

La Convención es de de tipo mixta o integral¹⁷. Un Tratado que aborda la protección contra la discriminación, pero que, asimismo, provee de herramientas a fin de que el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad no se limite al papel, sino resulte efectivamente aplicable en cada derecho o área particular. De este modo, el Tratado contiene una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son abordados desde la perspectiva y desde la fórmula de la no discriminación, utilizando las herramientas del derecho antidiscriminatorio.

El objeto, en principio, no fue crear nuevos derechos, sino asegurar el uso del principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad. Para ello, se identifican, a la hora de regular cada derecho, cuales son las necesidades que deben garantizarse, para lograr adaptar dichos derechos al contexto específico de la discapacidad¹⁸. Así, si bien la no discriminación es un principio vital de la Convención, dicho principio interactúa con cada uno de los derechos sustantivos que el instrumento regula¹⁹.

Su finalidad o propósito

El propósito de la Convención es “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”²⁰.

¹⁷ Cfr. A/AC265/2004/5, *Informe del tercer período de sesiones del Comité Especial*, cit.

¹⁸ Pareciera que el objeto del Tratado ha asumido un déficit en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, que, viene siendo explicado por Rafael de Asís como la necesidad de incluir a las personas con discapacidad dentro del proceso de generalización de los derechos.

¹⁹ QUINN, G., *The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty. A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*, Conferencia pronunciada en Dublin, National Disability Authority, Annual Research Conference, el 16 de noviembre de 2006.

²⁰ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Artículo 1.1.



Desde el inicio de los debates, incluso previos al proceso de elaboración de la Convención, su propósito fue objeto de muchas reflexiones. Algunas de las dudas se plantearon precisamente respecto a la necesidad o no, de que la Convención reconociera nuevos derechos, específicos, para las personas con discapacidad. Si bien mayoritariamente y desde el inicio de los debates se convino que el objeto de la Convención no sería la creación de nuevos derechos, sino garantizar a las personas con discapacidad el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos ya reconocidos a todas las personas. Así lo interpreta, asimismo, el Informe que ha elaborado la Alta Comisionada de las Naciones Unidas, en donde se expresa que “la Convención no crea ningún derecho nuevo; más bien aclara las obligaciones de los Estados en relación con los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ya existentes”²¹.

Ello como regla general es aceptado, pero a partir de una primera lectura del texto de la Convención, surgen algunas dudas relacionadas con la posibilidad de que este instrumento reconozca ciertos derechos a las personas con discapacidad, que no han sido anteriormente reconocidos en los textos de derecho internacional vinculantes existentes. La primera duda que se plantea es si la Convención reconoce la accesibilidad universal, la movilidad personal, y la habilitación y rehabilitación, técnicamente como derechos. No parece casual que cuando el instrumento menciona el resto de derechos, lo hace apelando expresamente al término *derecho*. Es decir, la Convención se refiere al derecho a la educación, al derecho a la salud, al derecho a la vida, y así sucesivamente. Sin embargo, tanto el artículo 9 relativo a la accesibilidad, como el artículo 20 sobre movilidad personal, y el artículo 26 sobre habilitación y rehabilitación, no emplean expresamente el término derecho al referirse a la protección de estos ámbitos²². Ello nos puede conducir a dos posibles interpretaciones.

²¹ Cfr. A/HRC/4/75, cit. parr. 19.

²² El artículo 9 establece: “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 pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás, al entorno (...)”. El artículo 20 establece “Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible (...)”. El artículo 26 establece: “(...) A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación (...)”.



La primera, que la Convención no reconoce a los ámbitos mencionados como derechos, sino como medios instrumentales necesarios para el ejercicio y goce del resto de derechos. Esta primera interpretación sería técnicamente correcta, pero pobre y restringida en lo que se refiere a su contenido. Esto último teniendo presente el objeto, los principios y el resto de derechos reconocidos en el texto objeto de análisis.

La segunda interpretación conduciría a entender que, si bien la Convención no menciona expresamente el término *derecho* al referirse a los ámbitos mencionados, que los considera de ese modo. Evidentemente parece más difícil llegar a esta conclusión desde un análisis netamente técnico, pero sería posible desde una interpretación sistemática de todo el Texto de la Convención. En dicho caso, si entendemos que la Convención reconoce la accesibilidad, la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación como derechos, dado que esos derechos no se encuentran previamente reconocidos en los Tratados de Derechos Humanos generales, se podría afirmar, entonces, que el texto reconoce nuevos derechos, específicos, en el contexto de la discapacidad²³.

Estructura y esquema de derechos que regula

La Convención cuenta con un Preámbulo y cincuenta artículos. En su artículo 1 se define su propósito, así como quiénes son consideradas personas con discapacidad²⁴.

El segundo artículo asume las definiciones de ciertos términos (comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal)²⁵. El artículo 3 establece los principios generales que servirán de guía a los efectos de su interpretación y aplicación. El artículo 4 asume ciertas obligaciones generales a las cuales se comprometen los Estados Parte.

²³ En relación al derecho a la accesibilidad universal, Vid. DE ASIS ROIG, R. y otros, *La Accesibilidad Universal en el Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 42, Dykinson, Madrid, 2007; DE ASIS ROIG, R. y PALACIOS, A., *Derechos humanos y situaciones de dependencia*, Dykinson, Madrid, 2007, CUENCA GÓMEZ, P., Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad: un análisis a la luz de la Convención de la ONU, Universidad de Alcalá de Henares, 2012.

²⁴ Ambas cuestiones han sido debatidas largamente durante el proceso de elaboración de la Convención, siendo la última –la definición de persona con discapacidad– uno de los puntos más difíciles a la hora de llegar a un consenso por parte de las Delegaciones.

²⁵ Se discutió largamente si debía adoptarse un artículo sobre definiciones, y en el caso de que así fuera,



Los artículos 6 y 7 asumen la situación de las mujeres con discapacidad y los niños y niñas con discapacidad, respectivamente. Ambas cuestiones suscitaron grandes debates respecto de la mejor manera de abordar una protección específica de los grupos en cuestión durante el proceso de elaboración. Finalmente, la Convención adopta un doble enfoque en lo relativo a la situación de las mujeres con discapacidad y niños y niñas con discapacidad. Por un lado, un artículo específico sobre la materia, y por otro la transversalidad de la perspectiva de género o de la situación de niñas y niños, a lo largo de todo el instrumento.

El artículo 5 aborda una cuestión que tiene una aplicación transversal, como la de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. El artículo 8 establece una serie de medidas a adoptar por los Estados, al fin de sensibilizar y educar a la población respecto de los derechos de las personas con discapacidad, su dignidad y los prejuicios y barreras sociales que comúnmente enfrentan. Los artículos 9 al 30 abordan desde dicha perspectiva una serie de derechos. El artículo 31 establece la obligación de que los Estados Parte recolecten datos estadísticos y de investigación, requisito esencial para poder diseñar políticas efectivas. El artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional a los efectos de promover el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas en la Convención. Los artículos 33 a 40 asumen las cuestiones relativas a la aplicación y supervisión de la Convención, tanto a nivel de los propios Estados Parte, como a nivel internacional. Finalmente, los artículos 41 a 50 son disposiciones finales, entre las que se abordan cuestiones tales como firma, ratificación, reservas, etc.

Principios generales

Como se ha mencionado, el artículo 3 define los principios generales a partir de los cuales deberá interpretarse y aplicarse la Convención²⁶. El inciso a) se

cuáles serían los términos a definir. Finalmente, se llegó a la conclusión de la necesidad de abordar determinadas cuestiones conceptuales, a fin de evitar problemas de interpretación de ciertos conceptos claves en el ámbito de la discapacidad. Vid. Documento “Daily summary of discussions related to article 3: definitions”, Third session of the Ad Hoc Committee - Daily Summary.

²⁶ Los principios mencionados son: “a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación



refiere a tres principios o valores que se encuentran íntimamente relacionados –dignidad, autonomía e independencia–, y que podrían resumirse en el primero; esto es, la dignidad²⁷. Los incisos b), c), d) y e) engloban cuatro principios; estos son: la no discriminación (inc. b); la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (inc. c); el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (inc. d); y la igualdad de oportunidades (inc. e). Estos cuatro principios son diferentes facetas, que pueden resumirse en una idea: la idea de igualdad. Otro principio, que se encuentra asimismo íntimamente relacionado con el de igualdad, y que es el principio de accesibilidad universal. La Convención lo prevé en el inciso f) del artículo 3, y asimismo, se encuentra regulado en el artículo 9. Otro de los principios que el artículo 3 establece es el de la igualdad entre el hombre y la mujer. Por mucho tiempo, las mujeres con discapacidad fueron invisibles en el sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, no habiendo sido mencionadas expresamente en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El último principio que el artículo 3 prevé es el relativo al respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. Este principio se relaciona, por un lado, con la protección que en el ámbito de la Convención bajo análisis, se brinda a los niños y niñas con discapacidad. Pero, por otro lado, este artículo se corresponde con el principio de dignidad, autonomía e independencia abordado anteriormente, y se plasma, asimismo, en el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, obviamente adaptado a las circunstancias de la infancia²⁸. Por otro lado, se relaciona con otros derechos previstos, entre los que se destaca el derecho a la educación de niños y niñas²⁹.

de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.” Art. 3 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

²⁷ PALACIOS, A., El modelo social, cit.

²⁸ Vid., sobre dicho principio aplicado a la infancia en general, el excelente libro de CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos del niño*, op. cit.

²⁹ Previsto en el artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



Si bien alguno de los principios asumidos en este artículo son generalmente aceptados y reconocidos por la comunidad internacional, como por ejemplo, el principio de igualdad de oportunidades, o la igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, no ocurre lo mismo con otros, como son la libertad de tomar las propias decisiones, el principio de respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; el principio de accesibilidad, el principio de respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. En este punto la Convención asume la especificidad que la discapacidad requiere, para el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, enriqueciendo de este modo el acervo común de los Tratados de derechos humanos³⁰.

Obligaciones generales

El artículo 4 establece cuáles son las obligaciones generales asumidas por los Estados para lograr asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sin discriminación³¹. Ello con independencia de las obligaciones impuestas a lo largo de todo el articulado de la Convención.

Siguiendo en este punto al Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la apli-

³⁰ Cfr. SANJOSÉ GIL, A., “El primer Tratado de Derechos Humanos del Siglo XXI: La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Nro. 13, 2007. Disponible en: www.reei.org

³¹ Entre ellas, tomar todas las medidas pertinentes para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; tener presente, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad; tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad; emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, y promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos. Cfr. Art. 4 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



cación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, podría decirse que, a fin de cumplir con su compromiso general de asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, los Estados Parte asumen tres tipos de obligaciones, que se exponen a continuación.

En *primer* lugar, obligaciones de respeto. Los Estados Partes deben abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención; modificar o derogar leyes, costumbres y prácticas discriminatorias existentes; y celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención.

En *segundo* lugar, obligaciones de protección. Los Estados Parte deben tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada³² discrimine por motivos de discapacidad.

Finalmente, obligaciones de cumplimiento. Muchas de las obligaciones específicas de los Estados entran dentro de esta categoría. Por ejemplo, los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, de políticas

³² Este punto es de vital importancia, dado que, si bien las obligaciones en virtud de la Convención corresponden a los Estados Partes, el sector privado tiene un importante papel que desempeñar en la lucha contra la discriminación y en el ofrecimiento de oportunidades a las personas con discapacidad. De este modo, corresponde a los Estados la obligación de adoptar las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad. Ello tiene, evidentemente, consecuencias en gran parte de los ámbitos abarcados por la Convención. Pero con independencia de lo apuntado, asimismo, los Estados Partes deberán asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad (art. 9). Los Estados Partes tienen que alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, incluso mediante Internet, a que proporcionen información y servicios en formatos que las personas con discapacidad puedan utilizar y a los que tengan acceso (art. 21). Los Estados también deben concienciar sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad a través de la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado (art. 25). Y finalmente, los Estados Partes salvaguardarán el derecho al trabajo, especialmente mediante la promoción del empleo de personas con discapacidad en el sector privado con políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa (art. 27). Cfr. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas..., cit. Parr. 32.



o programas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad; emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios pertinentes; proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre tecnologías de apoyo, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo, y promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad³³.

Por otro lado, con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, se establece que los Estados Parte se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional, para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de estos derechos, sin perjuicio de las obligaciones previstas en la Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional³⁴.

El final del párrafo anterior tiene gran importancia, porque con ello se quiere destacar que, si bien se reconoce la progresividad respecto de ciertos derechos, ello no significa que la aplicación de otros derechos no deba realizarse de manera inmediata, cuando exista una obligación en virtud del derecho internacional³⁵. En otras palabras, mientras algunos aspectos de estos derechos requieren la dedicación de recursos a lo largo del tiempo, otros aspectos (como podría ser la prohibición de la discriminación) son de aplicación inmediata.

Por otro lado, como ha observado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el reconocimiento del carácter progresivo de algunas obligaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales refleja las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de estos derechos, especialmente a la luz de las limitaciones en materia de recursos. No obstante, el Comité observa también que la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales impone, sin embargo, a los Estados Parte una obligación clara de adoptar me-

³³ Cfr. A/HRC/4/75, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas ..., cit. pp. 10 y 11.

³⁴ Art. 4 inc. 2 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁵ PALACIOS, A., el modelo social, cit.



didadas deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la consecución de estos derechos dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados³⁶. De este modo, recogiendo en parte la doctrina establecida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y quizás dando un paso más allá, el artículo 4.2 reconoce que existen obligaciones relacionadas con los derechos económicos, sociales y culturales que son de aplicación inmediata.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 4 recoge una demanda planteada con mucha fuerza desde el sector de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, y es la obligación de consultar y trabajar en colaboración con las personas con discapacidad (incluidas niñas y niños a través de las organizaciones que los representan) en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones que les incumban³⁷.

2.3. Análisis y alcance de las Observaciones Generales del Comité de Seguimiento

El primer Tratado de derechos humanos del Siglo XXI ha entrado en vigor el día 03 de mayo de 2008³⁸. La Convención cuenta a la fecha con 167 ratificaciones³⁹. El Tratado previó la creación de un Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y cuenta además con un Protocolo Facultativo que establece un mecanismo de denuncias individuales y un mecanismo de investigación⁴⁰.

En relación con el mecanismo de denuncias individuales, el Comité tiene competencia para recibir peticiones o denuncias de personas de un Estado Parte

³⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, general comment N° 3 (1990) on "The nature of States Party's obligations", paras. 3 and 9.

³⁷ Art. 4 inc. 3 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

³⁸ La Convención se abrió a la firma el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

³⁹ Se trata del primer instrumento de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración. La Unión Europea participó en el proceso de elaboración del Tratado, lo firmó, ratificó, y como se verá, recientemente ha sido objeto de una Observación Final.

⁴⁰ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



de la Convención y el Protocolo Facultativo que aleguen que el Estado ha infringido sus obligaciones⁴¹. El Comité puede decidir sobre la admisibilidad de la denuncia y hará llegar sus sugerencias y recomendaciones si concluye que se ha producido una violación.

Hasta la fecha se han emitido comunicaciones como consecuencia de denuncias presentadas por motivo de acceso a la información y a los servicios públicos (contra Austria)⁴²; acceso a la información, accesibilidad e igualdad bajo la ley (Australia)⁴³; derecho al empleo y discriminación por motivo de discapacidad (Alemania⁴⁴, Italia⁴⁵, Brasil⁴⁶ y Suiza⁴⁷), condiciones de detención, de accesibilidad y ajustes durante una privación de libertad (Argentina)⁴⁸, capacidad jurídica y derecho al voto (Hungría)⁴⁹, acceso a la información, accesibilidad y ajustes razonables (Suecia)⁵⁰, libertad de movimiento, accesibilidad, tratamientos médicos, rehabilitación y ajustes razonables (Suecia)⁵¹.

El Comité se encuentra asimismo facultado para realizar investigaciones, que pueden incluir una visita al territorio si el Estado está de acuerdo, cuando exista información fiable de violaciones graves o sistemáticas de derechos de personas con discapacidad.

Desde su conformación, el Comité ha realizado una labor invaluable en varios ámbitos relacionados con la interpretación y seguimiento de la Convención, de los cuales creemos merecen ser destacados dos principales.

El primero se relaciona con su labor interpretativa, a través de las Observaciones Generales mediante las cuales se desarrolla el contenido de ciertos de-

⁴¹ Puede consultarse a jurisprudencia en: <http://juris.ohchr.org/en/Home/About>

⁴² Comunicación 021/2014.

⁴³ Comunicación 012/2013

⁴⁴ Comunicación 002/2013

⁴⁵ Comunicación 009/2012

⁴⁶ Comunicación 010/2013

⁴⁷ Comunicación 005/2011

⁴⁸ Comunicación 008/2012

⁴⁹ Comunicación 004/2011

⁵⁰ Comunicación 001/2010

⁵¹ Comunicación 003/2011



rechos que han sido identificados previamente. Nos referimos a las cuatro Observaciones que hasta el día de la fecha ha elaborado el Comité y que son las siguientes:

Observación General N° 1 sobre Capacidad Jurídica (artículo 12 igual reconocimiento como persona ante la ley)⁵². A través de este documento el Comité expresó su preocupación por la existencia de “un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención⁵³”. Desde esta preocupación –que surge del contenido de los diversos informes que los Estados han debido presentar sobre el cumplimiento de la Convención–, es por la que el Comité establece los criterios interpretativos básicos sobre el art. 12 y sus implicaciones.

Para ello, se describe el contenido normativo sobre el artículo 12 que impone el reconocimiento de la capacidad jurídica en condiciones de igualdad y sin discriminación por motivo de discapacidad⁵⁴. Asimismo se identifican las obligaciones de los Estados Parte, que no solo supone el reconocimiento de la capacidad jurídica, sino la prestación de un sistema de apoyos para aquellas personas que lo requerían, acompañado por un sistema de salvaguardas que garanticen a la persona la toma de decisiones de conformidad con los nuevos estándares del derecho internacional, que requieren, entre otras cuestiones el respeto de su voluntad y preferencias⁵⁵.

Desde una interpretación sistemática, también se analiza el artículo en relación con otras disposiciones de la Convención⁵⁶. Y finalmente se describen las medidas que deben ser adoptadas por los Estados en su aplicación en el plano nacional, destacando la necesidad de que los Estados Parte superen el “modelo sustitutivo de la voluntad” mediante la figura del representante legal, para pasar a un “modelo de apoyos para la toma de decisiones⁵⁷”.

⁵² Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, 19/05/2014, CRPD/C/11/14.

⁵³ Idem, párr.3

⁵⁴ Idem, Sección II

⁵⁵ Ibidem, Sección III

⁵⁶ Ibidem, Sección IV

⁵⁷ Ibidem, Sección V



*La segunda Observación General elaborada por el Comité fue sobre el artículo 9: Accesibilidad Universal*⁵⁸. El documento aborda el significado y alcance de la accesibilidad universal en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Al igual que en la Observación N° 1, se muestra preocupación por la falta de cumplimiento de este artículo en los contextos locales, expresando que todas las Observaciones Finales sobre los informes elaborados por los Estados “contienen recomendaciones relativas a la accesibilidad. Un problema común ha sido la falta de un mecanismo de supervisión adecuado para garantizar la aplicación práctica de las normas de accesibilidad y la legislación pertinente”⁵⁹.

Siguiendo el mismo esquema que la Observación N° 1, el documento describe el contenido normativo sobre el artículo 9⁶⁰, se identifican las obligaciones de los Estados Parte⁶¹, asimismo desde una interpretación sistemática se analiza el artículo en relación con otras disposiciones de la Convención, y se desarrollan algunos conceptos que forman parte del mismo contenido esencial del derecho a la accesibilidad, como lo son el diseño universal y la adopción de ajustes razonables⁶².

Muy recientemente, *la Observación General N° 3 del Comité abordó la situación Mujeres y Niñas con Discapacidad*⁶³. El documento describe la existencia de una fuerte evidencia que muestra que las mujeres y niñas con discapacidad enfrentan barreras en la mayoría de las áreas de la vida. Y que dichas barreras crean situaciones de discriminación múltiple e interseccional⁶⁴.

⁵⁸ Observación General Nro. 2 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 9: Accesibilidad, 22/05/2014, CRPD/C/GC/2.

⁵⁹ Idem, parr.10 Asimismo se recuerda que el Comité tuvo que abordar la cuestión de la accesibilidad en su jurisprudencia. En el caso Nyusti y Takács c. Hungría (comunicación N° 1/2010, dictamen aprobado el 16 de abril de 2013), el Comité consideró que “todos los servicios abiertos al público o de uso público debían ser accesibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.” Ibidem, parr.46

⁶⁰ Ibidem, Sección II

⁶¹ Ibidem, Sección III

⁶² Ibidem, Sección IV

⁶³ Observación General Nro. 3 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 6: Mujeres y Niñas con Discapacidad, 2/09/2016, CRPD/C/GC/3.

⁶⁴ Idem, parr.2



Asimismo describe la heterogeneidad de condiciones y situaciones dentro del colectivo de mujeres y niñas con discapacidad⁶⁵. Y sitúa la igualdad de género como un elemento fundamental dentro del discurso de los derechos humanos⁶⁶.

Siguiendo el esquema clásico, la Observación describe el contenido normativo sobre el artículo 6⁶⁷, se identifican las obligaciones de los Estados Parte⁶⁸, asimismo desde una interpretación sistemática se analiza el artículo en relación con otras disposiciones de la Convención⁶⁹. En este punto, se destaca la perspectiva transversal de género que prevé el Tratado, y se profundiza en tres ámbitos principales: la especial situación de vulnerabilidad de las mujeres con discapacidad en relación a la violencia, la explotación y el abuso⁷⁰; la salud sexual y reproductiva, incluyendo el respeto por el hogar y la familia⁷¹; a la vez que se enfatiza las esferas de discriminación contra mujeres con discapacidad en otros artículos relevantes⁷².

Finalmente, la *Observación General N° 4* aborda el artículo 24 en relación al derecho a una educación inclusiva⁷³. Al igual que en otros ámbitos, el Comité entiende que los Informes de los Estados Partes denotan profundos desafíos en la implementación integral del igual derecho a la educación para las personas con discapacidad. Es importante destacar que el documento alude no solo al derecho a la educación (a secas), sino a una educación “inclusiva”, lo que supone entre otras cuestiones “una educación sin discriminación y sobre la base de igualdad de oportunidades⁷⁴”.

La Observación se estructura en cinco secciones. La primera introductoria y conceptual. La segunda desarrolla el contenido normativo del artículo 24, y se establece qué debe entenderse por una educación inclusiva⁷⁵, a la vez que se

⁶⁵ Ibidem, parr. 5

⁶⁶ Ibidem, parr. 8

⁶⁷ Ibidem, Sección II

⁶⁸ Ibidem, Sección III

⁶⁹ Ibidem, Sección IV

⁷⁰ Ibidem, Sección IV, Punto A

⁷¹ Ibidem, Sección IV, Punto B

⁷² Ibidem, Sección IV, Punto B

⁷³ Observación General N°. 4 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el artículo 24: el derecho a una educación inclusiva, 2/09/2016, CRPD/C/GC/4.

⁷⁴ Idem, parr.1

⁷⁵ Idem. Sección I, en especial parr. 10



la diferencia la inclusión de los procesos de exclusión, segregación e integración. La sección tercera describe las obligaciones de los Estados Parte, y deja claro la obligación de “efecto inmediato” de garantizar: la no discriminación, la adopción de ajustes razonables y la educación primaria gratuita y disponible para todas las personas con discapacidad⁷⁶. La sección cuarta presenta una interpretación sistemática del artículo 24 en relación en el contexto de los demás artículos de la Convención. Y por último, la sección quinta aborda la implementación a nivel nacional, e identifica ciertas medidas necesarias para implementar y sostener un sistema de educación inclusivo para todas las personas con discapacidad⁷⁷.

Sumado a la elaboración de las Observaciones Generales, el Comité viene cumpliendo una importantísima función de seguimiento y fiscalización del cumplimiento de la Convención a través de sus Observaciones Finales a los Estados Parte. Hasta la fecha se han elaborado Observaciones Finales con relación a los siguientes Estados: Gabón⁷⁸, Qatar⁷⁹, Ucrania⁸⁰, Kenia⁸¹, Mauritania⁸², Brasil⁸³, República Checa⁸⁴, Nueva Zelanda⁸⁵, Dinamarca⁸⁶, República de Corea⁸⁷, Bélgica⁸⁸, Ecuador⁸⁹, México⁹⁰, El Salvador⁹¹, Azerbaiyán⁹², Costa Rica⁹³, Suecia⁹⁴, Australia⁹⁵, Austria⁹⁶, Paraguay⁹⁷, China⁹⁸,

⁷⁶ Ibidem, Sección III, parr.40

⁷⁷ Ibidem, Sección V

⁷⁸ CRPD/C/GAB/CO/1, 02/10/2015.

⁷⁹ CRPD/C/QAT/CO/1, 02/10/2015.

⁸⁰ CRPD/C/UKR/CO/1, 02/10/2015.

⁸¹ CRPD/C/KEN/CO/1, 30/09/2015.

⁸² CRPD/C/MUS/CO/1, 30/09/2015.

⁸³ CRPD/C/BRA/CO/1, 29/09/2015.

⁸⁴ CRPD/C/CZE/CO/115/05/2015.

⁸⁵ CRPD/C/NZL/CO/1, 30/10/2014.

⁸⁶ CRPD/C/DNK/CO/1, 29/10/2014.

⁸⁷ CRPD/C/KOR/CO/1, 28/10/2014.

⁸⁸ CRPD/C/BEL/CO/1, 27/10/2014.

⁸⁹ CRPD/C/ECU/CO/1, 26/10/2014.

⁹⁰ CRPD/C/BEL/CO/1, 26/10/2014.

⁹¹ CRPD/C/SLV/CO/1, 7/10/2014.

⁹² CRPD/C/ARZ/CO/1, 11/05//2014.

⁹³ CRPD/C/CRI/CO/1, 11/05//2014.

⁹⁴ CRPD/C/SWE/CO/1, 11/05//2014.

⁹⁵ CRPD/C/AUS/CO/1, 24/10/2013.

⁹⁶ CRPD/C/AUT/CO/1, 30/09//2013.

⁹⁷ CRPD/C/PAR/CO/1, 15/05/2013.

⁹⁸ CRPD/C/CHN/CO/1/Corr.1, 14/11/2012.



Hungría⁹⁹, Argentina¹⁰⁰, Perú¹⁰¹, España¹⁰², Túnez¹⁰³, Croacia¹⁰⁴, República Dominicana¹⁰⁵, Alemania¹⁰⁶, Mongolia¹⁰⁷, Turkmenistán¹⁰⁸, Islas Cook¹⁰⁹, Chile¹¹⁰, Lituania¹¹¹, Portugal¹¹², Tailandia¹¹³, Eslovaquia¹¹⁴, Uganda¹¹⁵, Serbia¹¹⁶, Colombia¹¹⁷, Guatemala¹¹⁸, Uruguay¹¹⁹, Etiopía¹²⁰, Bolivia¹²¹, Italia¹²², Emiratos Árabes Unidos¹²³, Unión Europea¹²⁴.

Las Observaciones Finales realizadas a España en 2011, así como el Informe presentado por España, se desarrollan en profundidad en el capítulo 7 de esta obra, firmado por Isabel Martínez Lozano.

Si bien cada Observación Final es un “traje a la medida” del contexto de cada Estado, es posible identificar ciertos ámbitos que se repiten, y que marcan precisamente la necesidad de profundizar las políticas públicas en determinadas materias en las cuales se detecta un grado mayor de incumplimiento por parte de los países. De la lectura de estos documentos, podrían identificarse, al menos, las siguientes temáticas: capacidad jurídica, accesibilidad, situación de

⁹⁹ CRPD/C/HUN/CO/1,22/10/2012

¹⁰⁰ CRPD/C/ARG/CO/1, 22/10/2012.

¹⁰¹ CRPD/C/PER/CO/1, 16/05/2012.

¹⁰² CRPD/C/ESP/CO/1, 19/10/2011.

¹⁰³ CRPD/C/TUN/CO/1, 13/05/2011.

¹⁰⁴ CRPD/C/HRV/CO/1, 15/05/2015

¹⁰⁵ CRPD/C/DOM/CO/1, 08/05/2015.

¹⁰⁶ CRPD/C/DEU/CO/1, 13/05/2015.

¹⁰⁷ CRPD/C/MNG/CO/1, 13/05/2015.

¹⁰⁸ CRPD/C/TKM/CO/1, 13/05/2015.

¹⁰⁹ CRPD/C/COK/CO/1, 15/05/2015.

¹¹⁰ CRPD/C/CHL/CO/1, 13/04/2016.

¹¹¹ CRPD/C/LTU/CO/1, 13/04/2016.

¹¹² CRPD/C/PRT/CO/1, 20/05/2016.

¹¹³ CRPD/C/THA/CO/1, 12/05/2016.

¹¹⁴ CRPD/C/SVK/CO/1, 17/05/2016.

¹¹⁵ CRPD/C/UGA/CO/1, 12/05/2016.

¹¹⁶ CRPD/C/SRB/CO/1, 23/05/2016.

¹¹⁷ CRPD/C/COL/CO/1, 31/08/2016.

¹¹⁸ CRPD/C/GTM/CO/1, 31/08/2016.

¹¹⁹ CRPD/C/URY/CO/1, 31/08/2016.

¹²⁰ CRPD/C/ETH/CO/1, 31/08/2016.

¹²¹ CRPD/C/BOL/CO/1, 30/08/2016.

¹²² CRPD/C/ITA/CO/1, 31/08/2016.

¹²³ CRPD/C/ARE/CO/1, 22/08/2016.

¹²⁴ CRPD/C/EU/CO/1, 02/10/2015.



mujeres con discapacidad, educación, empleo, salud, falta de datos fiables y estadísticos, entre otros. Sin duda no es casual, que como se ha mencionado, los temas que han sido objeto de preocupación recurrente en las Observaciones Finales a los Estados, hayan sido los primeramente abordados en las Observaciones Generales del Comité (descritas en los apartados anteriores)¹²⁵.

2.4 El proceso de despliegue de la Convención a nivel mundial

Acompañando el proceso que se ha venido desarrollando en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados Parte han venido avanzando (en mayor o menor medida) en la implementación y plasmación de la Convención a nivel local.

Por un lado, es dable recordar que la ratificación e incorporación de la Convención en el derecho interno de los Estados generalmente supone otorgar al Tratado un rango *supralegal* (en algunos casos), o incluso constitucional (en otros), que brinda una herramienta legal y conlleva una obligación de garantizarla desde ese mismo momento por los tres poderes estatales. Esa situación rige hoy en día en todos los países que han incorporado la Convención.

Sumado a lo anterior, varios Estados han dado un paso más, y en concordancia con la obligación establecida en el art. 4 de la Convención, han modificado parte de la legislación interna a la luz del Tratado.

Uno de dichos casos es España, que ha modificado la legislación incorporando varios estándares establecidos por el Tratado internacional (el caso del derecho español se desarrolla en los próximos apartados). Algunos otros Estados a destacar son los siguientes:

Irlanda

En Irlanda se promulgó en el año 2015 la “Assisted Decision-Making (Capacity) Act”¹²⁶. La nueva ley plasma un cambio cultural que intenta dejar atrás

¹²⁵ Puede accederse a las Observaciones Finales en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/

¹²⁶ Promulgada el 30/12/ 2015, Assisted Decision-Making (Capacity) Act, disponible en <https://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a6415.pdf>



un modelo paternalista de sustitución de la voluntad, basado en el criterio del “mejor interés”, para adoptar un modelo que promueve el derecho a elegir mediante la prestación de un sistema de apoyos para la toma de decisiones.

A los efectos de la Ley, la capacidad para la toma de decisiones se define como la aptitud de entender, al momento en que se lleva a cabo la decisión, su naturaleza y consecuencias, en el contexto de las opciones disponibles. Asimismo, la norma proporciona un marco legal para que las personas puedan realizar acuerdos jurídicamente vinculantes para ser asistidas y apoyadas en la toma de decisiones. Se incluye una nueva serie de disposiciones, como la “toma de decisiones asistida” y la “co-toma de decisiones”. Y se introducen las directivas anticipadas. Asimismo se prevé la creación de un Servicio de Apoyo para la toma de decisiones dentro de la Comisión de Salud Mental.

República Checa

En la República Checa se reformó el Código Civil en el año 2014¹²⁷. La reforma fue el resultado de un proceso en el que participó la sociedad civil y que plasma algunos de los estándares de exigencia de la Convención en materia de capacidad jurídica. Si bien el resultado no fue el esperado en su totalidad por las personas con discapacidad, es interesante destacar la incorporación de un capítulo titulado “Medidas de apoyo para la capacidad jurídica restringida”, a través del cual se introduce el sistema de apoyos como alternativa al de la tutela. Además de la determinación de la capacidad jurídica y los sistemas de apoyo, se regulan, entre otros aspectos, las directivas anticipadas¹²⁸.

Argentina

En la República Argentina se ha unificado en agosto de 2015 el Código Civil y Comercial de la Nación. El régimen de capacidad jurídica ha sido modificado, incorporando al plexo legal la modalidad de capacidad restringida,

¹²⁷ Reforma del Código Civil Checo que entró en vigor en la fecha de enero de 2014. Disponible en: <http://www.mdac.info/en/news/czech-republic-enacts-legal-capacity-law-reform>

¹²⁸ Arts. 38 y ss. del Código citado.



estableciendo un sistema de apoyos para la toma de decisiones, y previendo la obligación de la judicatura de garantizar algunos estándares previstos en la Convención durante el proceso legal. Entre ellos se destaca la calidad de parte de la persona con discapacidad sometida al proceso, el enfoque interdisciplinario, la garantía de condiciones de accesibilidad y la adopción de ajustes razonables. Es interesante destacar que el nuevo código es resultado de un proceso en el que se debatió enfáticamente el régimen de capacidad a ser adoptado, y que gracias a la participación de la sociedad civil en dicho proceso de debate, se han incorporado varios de los estándares relacionados¹²⁹.

Perú

En Perú se promulgó la Ley General de la Persona con Discapacidad el 13 de diciembre de 2012. Su finalidad fue establecer el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica¹³⁰. La norma incorpora principios y estándares exigidos por la Convención al Derecho Peruano. Se encuentra reglamentada en el año 2014¹³¹. La norma reglamentaria define ciertos conceptos fundamentales, entre otros: Accesibilidad, Ajustes Razonables, Dignidad, Diseño Universal, Educación Inclusiva, Formatos y medios accesibles, Igualdad de oportunidades para la persona con discapacidad, Igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad, Inclusión Social, Interculturalidad, Interpretación en el lenguaje de señas, Participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad de la persona con discapacidad, Perspectiva de Discapacidad, Rehabilitación basada en la comunidad, etc. En relación al ejercicio de la capacidad jurídica, el Reglamento establece que la “persona con

¹²⁹ Ley 26994, Arts. 31 y ss del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Para mayor información puede consultarse: PALACIOS, A. y KRAUT, A., “Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 31 a 50”, en la obra titulada Código Civil y Comercial de la Nación Comentado (LORENZETTI, R. L. Director), Tomo I, pp.125 a 274, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.

¹³⁰ Ley 29973 General de la persona con discapacidad. Cfr. Art.1.

¹³¹ Decreto Supremo No 002-2014-MIMP de fecha 8 de abril de 2014



discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones¹³².” Finalmente, se desarrollan los derechos sustantivos desde la perspectiva de la Convención y en base al principio de no discriminación e igualdad de oportunidades.

Costa Rica

Recientemente en Costa Rica ha sido promulgada la Ley de Autonomía Personal para las Personas con Discapacidad¹³³. Su objetivo es “promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal.” Un punto importante a destacar es que para alcanzar dicho objetivo se establece la “figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la “figura de la asistencia personal humana¹³⁴. Esta última “tiene la finalidad de contribuir con el ejercicio del derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás”¹³⁵. Para implementar la asistencia, se crea el “Programa para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad”, como una prestación económica estatal, y la Unidad de Autonomía Personal y Vida Independiente del Consejo Nacional de Personas con Discapacidad (Conapdis), que tendrá a cargo dicho programa¹³⁶. Entre los derechos de las personas solicitantes y/o receptoras de la asistencia personal humana, la norma prevé los siguientes: “a) Solicitar por sí mismos la asistencia personal humana. b) Ejercer plenamente y en igualdad de condiciones con los demás el derecho a la autonomía personal, así como de cualquier otro derecho establecido en esta ley y en el ordenamiento jurídico globalmente considerado. c) El reconocimiento como sujetos de derecho y no objetos de sobreprotección y/o

¹³² Art. 9 Reglamento de la Ley 29973

¹³³ La Ley 9.379 para la Promoción de la Autonomía Personal de las Personas con Discapacidad. Aprobada el 18/08/2016

¹³⁴ Idem, Artículo 1

¹³⁵ Ibidem, Artículo 12. Finalidad de la asistencia personal humana.

¹³⁶ Ibidem, Artículo 16



asistencialismo. d) Solicitar y acceder a la asistencia personal humana, sin ningún tipo de presión, coerción o violencia. e) Recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con la asistencia personal, así como sobre las razones de hecho y de derecho por los que eventualmente no se le otorgue o suspenda este apoyo. f) Impugnar el acto que deniega la solicitud de asistencia personal¹³⁷”.

3. IMPACTO DE LA CONVENCION EN ESPAÑA

3.1. El proceso de incorporación de la Convención en España

Desde que el 13 de diciembre de 2006 se aprobara la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo en la Sede de Naciones Unidas en Nueva York, España entró a formar parte del primer grupo de Estados firmantes. Así, el día 30 de marzo de 2007, fecha en la que, según la propia Convención (artículo 42), esta se abría a la firma de todos los Estados y las organizaciones regionales de integración, España se encontraba entre los 82 Estados que firmaron la Convención y los 44 que firmaron el Protocolo Facultativo. El entonces Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, como Plenipotenciario de España, firmó la Convención en Nueva York.

Con posterioridad, el 23 de noviembre de 2007, D. Juan Carlos Rey de España aprobaba y ratificaba la Convención, y ordenaba expedir un Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que se publicaba en el BOE Núm. 96 el 21 abril 2008, y que establecía que la Convención entraría en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

Desde su entrada en vigor, la adaptación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico y práctica administrativa ha resultado, y constituye aún, un gran desafío, puesto que, a pesar de que se había avanzado de forma considerable en esta materia desde los años 80, España ha tenido y tiene aun que realizar cambios para adaptar su cuerpo legislativo a este nuevo paradigma.

¹³⁷ Ibidem, Artículo 16



El nuevo enfoque que aborda la Convención exigía cambios del ordenamiento jurídico interno que obligaban a revisar y a reformar un extenso y variado bloque de normas, de rango legal y reglamentario, que se encontraban dispersas por la legislación española. Razones de eficacia y seguridad jurídica aconsejaban llevar a cabo un proceso de análisis y adaptación transversal del ordenamiento interno. En este sentido, tal y como se ha comentado previamente en el apartado 2.4 del presente capítulo, España fue uno de los primeros Estados en dictar una **ley específica de adaptación del ordenamiento jurídico a la Convención** mediante la Ley 26/2011 de 1 de agosto, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de la misma rúbrica.

El proceso de elaboración de esta norma se inició en 2009 cuando se constituyó, por acuerdo del Consejo de Ministros, un grupo de trabajo interministerial con el encargo de estudiar las adaptaciones necesarias del ordenamiento jurídico a la Convención. Fruto de los trabajos de este grupo, el día 30 de marzo de 2010 se aprobó el Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española de la Convención de Naciones Unidas, y se encomendó a los ministerios implicados que, en el ámbito de sus competencias, impulsaran las reformas comprometidas en dicho informe.

A partir de ahí se elaboró un Proyecto de ley para introducir las reformas necesarias para cumplir los fines de la Convención en todos los aspectos, que fue tomado en consideración por unanimidad de la Cámara Baja de las Cortes Generales. Posteriormente, el Proyecto de ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG Núm. 103) el 17 de diciembre de 2010 y que se debatió por el Pleno del Congreso el 31 de marzo de 2011 (Diario de Sesiones del Congreso, Núm. 237).

Posteriormente, el Proyecto de ley, tramitado en procedimiento de urgencia, tuvo su entrada en el Senado el día 24 de junio de 2011, siendo publicado ese mismo día en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG Núm. 83). Durante el plazo de presentación de enmiendas al referido Proyecto de ley se presentaron 30 enmiendas por parte de los grupos parlamentarios de Senadores



Nacionalistas, de Convergència i Unió, de Entesa, Socialista, y Popular. La Comisión de Sanidad, Política Social y Consumo del Senado se reunió el día 7 de julio para dictaminar el Proyecto de ley sin que el texto enviado por el Congreso de los Diputados, que se convirtió en Dictamen de la Comisión, sufriera variaciones. El Dictamen de la Comisión, junto con los votos particulares presentados, fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales del día 12 de julio (BOCG Núm. 93). Después, el 13 de julio de 2011, el Dictamen de la Comisión fue debatido en el Pleno del Senado en su Sesión extraordinaria, que dio el siguiente resultado: 338 votos emitidos, 191 votos a favor, un voto en contra, y 146 abstenciones.

Seguidamente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 21 de julio de 2011, aprobó, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución, el Proyecto de ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, con el texto definitivo que se publicó en el BOE Núm. 184 del 2 de agosto de 2011.

Como resultado, las normas modificadas por la Ley 26/2011 con el objetivo de adecuar su contenido a la Convención Internacional fueron varias, entre las que destacan: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (también conocida como LISMI); la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (también conocida como LIONDAU); 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; la 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; el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2000, de 4 de agosto; o la 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.



Del mismo modo, otra norma de carácter de transformación transversal cuya promulgación merece ser destacada es el **Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social**, que respondía a una petición del movimiento asociativo de la discapacidad, y que fue atendida a través del mandato contenido en la disposición final 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.

En la propia sesión del Congreso en la que se debatió el Proyecto de ley de adaptación normativa a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad el 31 de marzo de 2011, se abogaba por *“la elaboración de un texto refundido de las diferentes normas aplicables”*, que supondría *“un nuevo paso más en materia de derechos, en cuanto a la igualdad de oportunidades y al pleno disfrute de los derechos y libertades por parte de las personas con discapacidad [...] para seguir derribando obstáculos que pongan cualquier forma de discriminación o menoscabo en la participación en la vida pública, económica y social de las personas con discapacidad”*¹³⁸.

Como se ha indicado, la habilitación al Ejecutivo, materializado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad el día 29 y por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 2013, proviene de la Disposición Final 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, en la redacción dada por la Disposición Final Quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que establecía como finales de diciembre de 2013 el plazo de la delegación legislativa: *“El Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de*

¹³⁸ Diario de Sesiones del Congreso (núm. 237), de 31 de marzo de 2011.



igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.”

En el procedimiento de elaboración del Real Decreto Legislativo se solicitaron múltiples informes y dictámenes por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad con el fin de garantizar la calidad y acierto en la refundición. En particular, fueron consultadas las Comunidades Autónomas y emitieron informe, entre otras, las siguientes organizaciones: el Consejo Nacional de Discapacidad, el Consejo Económico y Social, sindicatos y organizaciones empresariales, y el propio sector de la discapacidad.

El Dictamen 09/2013 del Consejo Económico y Social, de 23 de octubre de 2013, valoraba positivamente el Proyecto, al margen de algunas observaciones puntuales, y declaraba *"que el texto objeto de dictamen pretende aclarar y armonizar dichas normas a través de un texto refundido expansivo, sin incurrir por ello en extralimitación, lo que concede margen para aprovechar la ocasión y aclarar determinadas materias, mejorando así los textos que refunde"*.

De especial importancia resulta el Dictamen del Consejo de Estado, que constituía el último trámite preceptivo para que el Consejo de Ministros pudiera aprobar el Real Decreto Legislativo, pues con arreglo a lo dispuesto por el número 3 del artículo 21 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, "el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos: (...) 3. Proyectos de decretos legislativos."

El Proyecto se remitió al Consejo con fecha de 24 de octubre de 2013 (si bien previamente se habían enviado cuatro borradores de 2 de enero, 16 de mayo, 25 de junio y 30 de septiembre de 2013), y acompañado de una memoria del análisis de impacto normativo, fechada el 30 de septiembre de 2013. Y, finalmente, la Comisión Permanente del Consejo de Estado¹³⁹ dictaminó por unanimidad el expediente número 1183/2013 en su sesión de 14 de noviembre de 2013.

¹³⁹ Aunque correspondía adoptar el Dictamen al Pleno, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 2013, "teniendo en cuenta el plazo establecido para la aprobación del presente real decreto legislativo", se solicitó la emisión de dictamen "a la Comisión Permanente del Consejo de Estado (...) en el plazo máximo de 9 días", de acuerdo con lo establecido en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y en el artículo 128.3 del Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio.



En su dictamen, el órgano consultivo del Gobierno valoraba positivamente la labor refundidora llevada a cabo, que consolidaba en un texto único las disposiciones legales que hasta el momento venían regulando esta materia y posibilitaba su mejor estructuración y ordenación.

Además, hay que destacar que en el proceso de elaboración de la norma existió un permanente diálogo con el movimiento asociativo de la discapacidad, cuya labor hay que subrayar, en la medida en que permitió comprender las dificultades y las barreras con las que se encuentran las personas con discapacidad en nuestro país.

Por tanto, más allá de configurarse en una mera compilación de normas jurídicas, esta nueva norma integró las tres citadas Leyes no sólo con objeto de armonizar estas normas, sino con el fin de impulsar los derechos de las personas con discapacidad a la luz de los principios y valores de la Convención. Constituye un gran avance legislativo al unificar toda la normativa existente en la materia y garantizar que la discapacidad esté contemplada en todas las actuaciones políticas, asegurando su protección en todos los ámbitos. Esta armonización crea un nuevo cuerpo jurídico que resultaba muy necesario para dar un nuevo impulso al reconocimiento de derechos. Igualmente, este instrumento normativo representa un cambio significativo en la percepción de la discapacidad, que supera definitivamente la perspectiva asistencial de las personas con discapacidad en favor de una concepción basada en los derechos humanos, adaptada a la realidad actual y en línea con los principios de la Convención.

El Texto Refundido, que finalmente fue publicado en el BOE Núm. 289 de 3 de diciembre de 2013, coincidiendo con la conmemoración del Día Internacional de la Discapacidad, y que entró en vigor al día siguiente de su publicación, consta de ciento cinco artículos, articulados por medio de un título preliminar y tres títulos más, once disposiciones adicionales, una disposición transitoria y tres disposiciones finales, incorpora la totalidad del contenido de las leyes refundidas. La articulación del Real Decreto Legislativo sigue la ordenación y estructura de la Convención, con un: Título preliminar (disposiciones generales), Título I (derechos y obligaciones), Título II (Igualdad de oportunidades y no discriminación) y Título III (Infracciones y sanciones).



En lo referido a los principios, y en consonancia con la Convención, se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos y el consiguiente deber de garantía de los mismos por los poderes públicos. Se supera, así, el concepto asistencial de décadas pasadas: las personas con discapacidad pasan de ser objeto de tratamiento y protección social a ser considerados ciudadanos libres y titulares de derechos.

3.2. Las adaptaciones a la Convención operadas en el Derecho Español: intento de radiografía de cambios normativos sectoriales

Con carácter adicional a las normas de carácter transversal o general destacadas en el apartado anterior, desde la entrada en vigor de la Convención en España se vienen realizando importantes progresos legislativos de carácter sectorial o temático. Antes de destacar algunos de estos avances normativos, primero se exponen unos datos que pretenden dar una aproximación a la envergadura de los cambios adoptados para ajustar el ordenamiento jurídico español a la luz de la Convención. Así, en el período comprendido entre 2008 y 2016 en España, dejando a un lado las adaptaciones normativas que se han realizado a nivel autonómico en las 17 Comunidades Autónomas, se han aprobado un total de 136 normas, distribuidas en 42 Leyes, 75 Reales Decretos y 19 Órdenes Ministeriales.

Es apropiado destacar en este punto que en 2016 el avance normativo en materia de discapacidad se ha visto ralentizado como consecuencia del resultado de las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015, que desembocaron en la convocatoria de los nuevos comicios celebrados el 26 de junio de 2016. El Congreso de los Diputados y el Senado, disueltos desde el día 3 de mayo de 2016, se volvieron a constituir el 19 julio de 2016. A la fecha de elaboración del presente capítulo, continúan las negociaciones para configurar el futuro Gobierno de España.

A continuación se realiza un breve recorrido por los avances normativos sectoriales, con el objeto de subrayar los principales progresos durante el período mencionado e ilustrar así el esfuerzo normativo realizado. Si bien esta



exposición no pretende ser un repaso exhaustivo, puesto que la tarea sobrepasa los objetivos y extensión del presente capítulo. Se ciñe este itinerario a destacar avances en las áreas del empleo y la seguridad social, las pensiones y la dependencia, la protección de la infancia, la educación, la accesibilidad, el transporte, la justicia y el diálogo civil.

Empleo y Seguridad Social

En este ámbito destaca en primer lugar el Real Decreto 156/2013, de 1 de marzo, por el que se regula la suscripción de convenio especial por las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral (publicado en el BOE Núm. 53 de 2 de marzo de 2013) y que entró en vigor el 1 de abril de 2013. Esta norma representa la creación de un instrumento para que las personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral puedan cubrir por sí mismas en su totalidad o completar sus carreras de cotización a la Seguridad Social y así acceder a las prestaciones por jubilación y por muerte y supervivencia (pensiones de viudedad, orfandad y a favor de familiares). Se trata de un paso adelante en materia de protección y equilibrio para las personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral, que de acuerdo con el artículo 1.1 de dicho Real Decreto serán las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33%, así como las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Igualmente hay que subrayar en materia de empleo la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, publicada en el BOE Núm. 257 de 10 de septiembre de 2015. La relevancia de esta norma radica en que flexibiliza la prohibición que tienen los Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (los llamados TRADE) de tener trabajadores por cuenta ajena. De esta forma, en una serie de supuestos será posible que contraten trabajadores por cuenta ajena, con lo que se convierten en empleadores, bajo la modalidad de un contrato de interinidad (Art. 16.1.c) del Estatuto de los Trabajadores). Uno de dichos su-



puestos es tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia o con discapacidad igual o superior al 33%, debidamente acreditada.

Asimismo, se establecen bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social aplicables a las empresas de inserción en los supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas en situación de exclusión social. Se incluye la declaración de los Centros Especiales de Empleo y de las Empresas de Inserción como entidades prestadoras de Servicios de Interés Económico General.

En la Disposición adicional quinta del 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 se mejora el tratamiento de los contratos reservados a los centros especiales de empleo.

Pensiones y la dependencia

En este ámbito destaca la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (también conocida como LAPAD), que tiene como objeto crear el actual Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, que es el conjunto de servicios y prestaciones destinados a la promoción de la autonomía personal, así como a la protección y atención a las personas, a través de servicios públicos y privados concertados debidamente acreditados. La Ley va dirigida a atender a personas declaradas como dependientes (personas que precisan ayudas importantes de otra u otras personas para realizar actividades básicas de la vida diaria).

Esta norma tuvo un desarrollo importante desde su aprobación hasta 2008, momento en el que se inició la crisis y se produjo una ralentización y posterior retroceso en el sistema creado¹⁴⁰. Y con carácter reciente se han producido avan-

¹⁴⁰Según los datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a 31 de mayo de 2016, el número de personas beneficiarias con prestación se situó en 817.479, que es la cifra de beneficiarios con prestación más alta desde la entrada en vigor de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. el 71,84 % tienen más de 65 años. En cuanto al perfil por edad de los beneficiarios concreto un 17,90% tienen una edad comprendida entre los 65 y 79 años, mientras que un 53,94% tienen 80 o más años. En concreto, el 72,24% tienen más de 65 años. En cuanto a la inversión destinada a este sistema, el Ministerio de Sanidad, Servicios Social e Igualdad destinó en 2015 un total de 1.192,2 millones para atender a las personas protegidas por la Ley de Dependencia.



ces en el respaldo a las pensiones y dependencia, especialmente gracias a la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de presupuestos generales del estado para el año 2016, para el que se incrementan en un 0,25% las cuantías de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de Clases Pasivas del Estado, el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte de personas con discapacidad y las asignaciones por hijo a cargo con discapacidad mayor de 18 años y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65%. Las pensiones no contributivas experimentan también una revalorización del 0,25%, y se modifica el régimen de compatibilidad de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva.

Protección de la infancia

Resulta especialmente reseñable la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE Núm. 175 de 23 de Julio de 2015 y que entró en vigor el 18 de agosto de 2016. Esta norma es consecuencia de un largo proceso de diálogo entre las organizaciones sociales, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, para llegar a consolidar una normativa según la cual prevalece siempre el interés del menor en todo el ordenamiento jurídico español, de modo que será principio rector de los poderes públicos, y se realiza un especial esfuerzo por adaptar su contenido a la Convención. Concretamente, se modifica su artículo 3 para incluir la referencia oportuna a la Convención, así como adaptar el lenguaje de la norma en consecuencia, por ejemplo sustituyendo el término deficiencia por el de discapacidad. Igualmente, se modifica el artículo 9, que desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, para que establezca expresamente que *“no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006”*.



Educación

Destaca el Real Decreto 412/2014, de 6 de junio, por el que se establece la normativa básica de los procedimientos de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de grado, que sustituye al Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regulan las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas. Entre otros aspectos, y conforme a los principios recogidos en la Convención, este Real Decreto prevé en su artículo 5, referido a los principios generales de admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado, que “la admisión a las enseñanzas universitarias oficiales de Grado se realizará con respeto a los principios de igualdad, no discriminación, mérito y capacidad”, y que “todos los procedimientos de admisión a la universidad deberán realizarse en condiciones de accesibilidad para los estudiantes con discapacidad y en general con necesidades educativas especiales.”

Accesibilidad

Es necesario mencionar la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Las modificaciones incorporadas establecen que las oficinas y servicios de información y atención al cliente de las empresas serán diseñados utilizando medios y soportes que sigan los principios de accesibilidad universal y, en su caso, medios alternativos para garantizar el acceso a los mismos a personas con discapacidad o personas de edad avanzada. Extender la accesibilidad a este tipo de oficinas y servicios permite que las personas con discapacidad puedan ejercer más plenamente sus derechos en el ámbito del consumo, tanto a la hora de recibir y sopesar la información de las empresas respecto de sus productos y servicios, como cuando tengan que formular quejas y reclamaciones o hacer valer sus derechos por un trato inadecuado.

Igualmente, la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, tuvo un gran impacto sobre las personas con discapacidad, en cuanto que sal-



vaguarda y protege la satisfacción de las necesidades de las personas con discapacidad y las personas en situación de dependencia, atendiendo a los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. En lo relativo al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas de las personas en situación de dependencia, promueve el fomento del cumplimiento de las normas o las especificaciones pertinentes relativas a normalización técnica publicadas de acuerdo con la normativa comunitaria, y facilita el acceso de los usuarios con discapacidad a los servicios de comunicaciones electrónicas y al uso de equipos terminales.

Transporte

La Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, significa un avance más en los derechos de las personas con discapacidad, en consonancia con las obligaciones establecidas en la Convención. Esta norma obliga a las empresas ferroviarias a “proteger los intereses de los usuarios, con atención especial a las personas con discapacidad o con movilidad reducida, garantizando sus derechos al acceso a los servicios de transporte ferroviario de viajeros en adecuadas condiciones de calidad y seguridad” (artículo 2). Igualmente, en su artículo 58, la norma establece la obligación de incorporar en las normas de calidad del servicio de las empresas ferroviarias la de “prestar asistencia a las personas con discapacidad y las personas de movilidad reducida”. Esto significa que las empresas ferroviarias deberán habilitar y disponer de servicios de atención y acompañamiento a viajeros con discapacidad para que puedan hacer uso del ferrocarril en condiciones de normalidad, seguridad y comodidad. Y con el objeto de forzar el cumplimiento de las cuestiones relacionadas con la accesibilidad del transporte ferroviario, esta Ley tipifica como infracción administrativa grave el incumplimiento de la normativa sobre accesibilidad a los vehículos ferroviarios por parte de las personas con discapacidad (artículo 107.2).

Justicia

La Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en su disposición final tercera modifica la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. De acuerdo con esta



modificación, se mantiene el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita a determinadas víctimas en los términos introducidos por el Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, por el que se modifica el régimen de tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y el sistema de asistencia jurídica gratuita, con independencia de sus recursos económicos, entre los que se cuentan las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental.

Asimismo, se puede destacar la aprobación de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, y que entró en vigor el 1 de julio de 2015. Esta reforma se aprobó sin las medidas de seguridad inicialmente planeadas y que suponían una clara discriminación en el trato jurídico a personas con discapacidad intelectual sometidas a un proceso penal y, por el contrario, se incorporan algunas mejoras en la protección jurídica a este colectivo.

Es especialmente positiva la nueva redacción del artículo 25 de nuevo Código Penal, que recoge la definición de discapacidad del artículo 1 de la Convención, y que implica a efectos prácticos que para obtener la protección prevista en el Código Penal no es necesario disponer de certificado acreditativo de la discapacidad, con lo que el número de personas protegidas es mayor. Por otro lado, en este artículo se recoge otra importante novedad que supone un avance significativo para las personas con discapacidad intelectual, ya que define una nueva categoría jurídica: “*persona con discapacidad necesitada de especial protección*”. Con esta reforma se amplía la protección a personas que requieran asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente.

Con carácter adicional, merece la atención otra novedad legislativa que coadyuva al ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, sus familias y sus entidades representativas. Se trata de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que nace con el objeto de regular las entidades del Tercer Sector de Acción Social, reforzando su capacidad como interlocutoras ante la Administración General del Estado respecto de las polí-



ticas públicas sociales y para definir las medidas de fomento que los poderes públicos podrán adoptar en su beneficio ,lo cual está en línea con el principio de la Convención que reconoce su participación en la vida política y pública.

3.3. Algunas consideraciones sobre pronunciamientos judiciales relevantes

Como ya se ha comentado, desde la entrada en vigor de la Convención y del Protocolo Facultativo el 3 de mayo de 2008, y conforme a lo establecido en el apartado primero del artículo 96 de la Constitución Española (CE), ambos forman parte del ordenamiento interno.

Una vez que se cuenta con la regulación de carácter normativo, en este caso, la Convención, y el resto del ordenamiento jurídico que resulta de aplicación, es preciso que dichas normas se apliquen materialmente y se resuelvan los conflictos jurídicos que se planteen, de manera que se consiga un ejercicio real y efectivo de los derechos reconocidos.

En el sistema constitucional español, dicho papel de garante en la aplicación de la norma se atribuye al poder judicial (artículo 117 CE), y, en concreto, a los Jueces y Tribunales a los que se les encomienda de modo exclusivo la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de conformidad con las previsiones de la Ley. De igual modo, el artículo 153.2 de la Carta Magna atribuye a los Tribunales la tutela judicial efectiva respecto de los derechos y libertades fundamentales.

Por ello es muy necesario, si se quiere disponer de una visión global de la cuestión, el conocer de qué manera los Jueces y Tribunales están interpretando y aplicando los mandatos de la Convención, modulando la interpretación que deba hacerse, con carácter general, de las regulaciones contempladas en el ordenamiento jurídico en la medida en que afecte a personas con discapacidad.

Ciertamente, y a pesar de que ya hace más de ocho años de la entrada en vigor de la Convención en el Derecho español, no son abundantes los pronunciamientos judiciales, aunque disponemos de relevantes sentencias, de gran importancia cualitativa, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal



Supremo. Si bien las provenientes de los Tribunales Superiores de Justicia son bastante escasas.

Resulta imprescindible que las personas con discapacidad y su entorno (familias, organizaciones representativas, etc.) ejerzan de manera decidida y con mayor habitualidad su derecho a la tutela judicial efectiva, y acudan a Jueces, Magistrados y Tribunales para exigir un disfrute efectivo de sus derechos, que necesariamente pasa por el respeto a los mismos, tanto por las Administraciones Públicas como por los ciudadanos. Si se avanza en esta dirección de mayor exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de las personas con discapacidad podremos disponer en un período no excesivamente largo de tiempo de una abundante y consolidada doctrina jurisprudencial en estas materias, que permitirá que los elementos innovadores de la Convención inunden el conjunto del ordenamiento jurídico, e irradien en la cotidianeidad jurídica todos los efectos transformadores que la Convención persiguió en el momento de su aprobación como su principal razón de ser.

Encontraremos más adelante en estas páginas, concretamente en el capítulo 6, un espléndido y enjundioso trabajo del Magistrado Juan Manuel Fernández, en el que se desgrana con detalle una amplia variedad temática de tales pronunciamientos judiciales. Por ello, a continuación resaltaré, a título meramente ejemplificativo, y para completar la visión panorámica de este capítulo, algunos de los más relevantes en los que la Convención ha sido objeto de aplicación.

A) Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha aplicado la Convención en el marco de recursos de amparo, sirviéndose de dicho texto para interpretar el alcance de los distintos derechos fundamentales objeto de tutela en los supuestos de personas con discapacidad.

Así, en sus Sentencias 7/2011, de 14 de febrero y 77/2014, de 22 de mayo, destacó la relevancia de la Convención en el marco de la garantía del acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, desde la perspectiva del derecho a la **tutela judicial efectiva y a la asistencia letrada y la defensa**.



En la primera de ellas se analizó si se habían vulnerado los derechos a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías por haberse seguido el procedimiento sin hacer posible la comparecencia personal al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio o, subsidiariamente, del derecho de tutela judicial efectiva por haberse denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra una Sentencia de incapacitación.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado, señalando que, en un proceso de incapacitación, el derecho a la asistencia letrada y a la defensa previsto en el artículo 24.2 CE “*despliega todo el potencial*”, y ello “*no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacitación del sometido a este procedimiento*”, conclusión que extrae, además del precepto constitucional, del artículo 13 de la Convención, relativo al acceso a la justicia.

Dicho precepto, junto con el artículo 2 de la Convención, se invocó también en la Sentencia 77/2014, de 22 de mayo, en la que, recordando el Tribunal que en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las personas con discapacidad (en ese caso, los artículos 24.1 y 24.2 CE), desde la perspectiva del artículo 10.2 CE, “*cobra una especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*”, concluyó, en dicho supuesto, que la existencia de indicios de discapacidad intelectual en el acusado¹⁴¹ imponía a los órganos judiciales “*un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto*”.

Por su parte, en su Sentencia 10/2014, de 27 de enero, el Tribunal invocó la Convención en el contexto del análisis del derecho a la educación. En concreto, el Tribunal se apoyó en el artículo 2 de la Convención –en lo que respecta a la definición de los “ajustes razonables” para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades–, y en el reconocimiento en sus artículos 24.1 y 24.2 del derecho a la educación inclusiva, para señalar que del marco norma-

¹⁴¹ En concreto, el objeto del procedimiento consistió en analizar si la decisión judicial de celebrar el juicio oral sin la presencia del recurrente por considerar su ausencia injustificada ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa, al existir indicios sobre una discapacidad intelectual en el recurrente que pudiera haber influido sobre su comprensión de las consecuencias derivadas de la incomparecencia.



tivo aplicable en su conjunto *“se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad”*.

Incidió asimismo en que *“la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial”*, en clara referencia a la Convención. La Sentencia concluye, en el supuesto concreto, que la escolarización en un centro de educación especial no podía reputarse como irrazonable o discriminatoria, si bien se formularon dos votos particulares (Luis Ignacio Ortega Álvarez y Juan Antonio Xiol Ríos) en los que se consideró que, precisamente con apoyo en las premisas asumidas en la Sentencia, debió exigirse un plus de motivación en la resolución administrativa para justificar, por ejemplo, la improcedencia de soluciones intermedias como la prestación de apoyos en un centro de educación ordinario¹⁴².

Finalmente, cabe destacar la Sentencia 34/2016, de 29 de febrero, en la que se examinaba un supuesto de presunta vulneración del derecho a la libertad personal en el contexto de un ingreso no voluntario en un centro sociosanitario, en el que se planteaban cuestiones más bien relacionadas con el procedimiento seguido y el preciso control judicial. El Tribunal recordó que *“los convenios internacionales en materia de derechos de personas discapacitadas”* (sin citar expresamente la Convención, que sin embargo había sido invocada por las partes¹⁴³) y los derechos que la misma reconoce y los aspectos que la misma regula, no son incompatibles con los procesos en materia de capacidad y, en ese supuesto, no había motivo para dudar de que serían tenidos en consideración por el Juez competente.

¹⁴² De hecho, dicha Sentencia ha sido objeto de críticas, por ejemplo, en *“La recepción de la Convención en el Derecho español como tratado internacional de derechos humanos”*, ANTONIO-LUIS MARTÍNEZ-PUJALTE, *“La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de los derechos a los hechos”*.

¹⁴³ También en relación con el derecho a la libertad se había pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, en la que se había invocado por las partes la Convención, si bien el Tribunal no la invoca de forma específica en su razonamiento.



B) Tribunal Supremo

En relación con los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que la Convención ha sido objeto de debate, aplicación o análisis, a continuación se destacan a título de ejemplo algunos en áreas particularmente destacables, como son la capacidad, el empleo público y la educación.

Capacidad

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 contiene por primera vez una reflexión sobre la compatibilidad de los sistemas de incapacitación españoles, considerados como medidas de protección, con la Convención (en particular, sus artículos 2, 3 y 12).

Con apoyo en un amplísimo excursus del Ministerio Fiscal al respecto, el Tribunal concluye, en interpretación conjunta de la Constitución y la Convención y partiendo de las diferentes situaciones que puede plantear la discapacidad, que el sistema de protección del Código Civil seguiría vigente, si bien con la siguiente lectura: “1º que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección [...]” y “2º la incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias, [...]”. Se concluye que se trata de un sistema de protección de la persona afectada únicamente. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado posteriormente en prácticamente todas las Sentencias del Tribunal Supremo dictadas en la materia.

Con posterioridad (Sentencias de 17 de julio de 2012 y de 24 de junio de 2013, por ejemplo) y, particularmente, desde sus Sentencias de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014, el Tribunal Supremo, en aplicación de la Convención, ha asumido el criterio de modular o flexibilizar con particular cautela y de conformidad con un criterio restrictivo las decisiones en este ámbito, considerando la referida Convención y los derechos que en la misma se reconocen.

Así, atiende a los problemas relativos a las personas judicialmente incapacitadas de manera parcial, que conservan un determinado ámbito de autonomía



y destacando que su voluntad, en consecuencia, debe ser respetada en aquellos ámbitos, si bien manteniendo la vigencia de la institución de la incapacidad y de los mecanismos de tutela y curatela. Eso sí, se inclina por este último, *“desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención”* (Sentencia de 11 de octubre de 2012). En este sentido, cabe citar sus Sentencias de 20 de octubre y 27 de noviembre de 2014, 29 de abril, 13 de mayo, 14 de octubre y 19 de noviembre de 2015.

Por su carácter reciente y su relevancia pública, puesta de manifiesto en la reacción a que ha dado lugar y a la que se hará mención, procede resaltar especialmente la reciente Sentencia, de 17 de marzo de 2016, en la que se analizó el supuesto de la privación del derecho de sufragio activo en el contexto de un procedimiento de incapacidad.

El Tribunal Supremo concluye que *“la decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”*.

Atendiendo al análisis realizado en la instancia, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por considerar que en el procedimiento no se había actuado de forma rutinaria, sino con atención específica a las circunstancias concurrentes, criterio que no habrían compartido el Ministerio Fiscal ni los recurrentes¹⁴⁴.

¹⁴⁴ De acuerdo con la información disponible, la Fiscalía de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo presentó el día 11 de abril de 2016 incidente de nulidad de actuaciones, que fue posteriormente desestimado mediante Auto de 1 de junio de 2016.



De hecho, dicho pronunciamiento ha dado lugar a que el Defensor del Pueblo haya decidido promover la reforma del artículo 3.1, letras b) y c), de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, atendiendo de este modo la Recomendación de revisión normativa que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas formuló a España en el año 2011, señalándose: *“Dicha reforma, en la que habría de procurarse el consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria, tendría el objetivo de reforzar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad en nuestro sistema electoral mediante la incorporación de la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el ejercicio efectivo de este derecho por las mencionadas personas, de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona pueda privarse del derecho al voto”*¹⁴⁵.

Empleo público

En materia de empleo público, en su Sentencia, de 5 de octubre de 2009, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de analizar el cumplimiento en una convocatoria de pruebas selectivas de la obligación de reservar el 5% de las plazas para personas con discapacidad. El Tribunal señala que el artículo 59 del EBEP establece la reserva “sobre el conjunto de la oferta de empleo público y no únicamente sobre las plazas de nuevo ingreso”, “ampliación que está de acuerdo con las previsiones del artículo 27 de la Convención”. Concluye el Tribunal en ese supuesto que, “aunque se haya respetado el porcentaje general de reserva general, se ha incumplido la obligación de aplicar la reserva a las plazas de promoción interna”.

Posteriormente, en su Sentencia, de 19 de marzo de 2014, el Tribunal Supremo examinó, como argumentaba el recurrente, “si el Tribunal Calificador del procedimiento selectivo litigioso venía obligado a establecer unos específicos criterios de calificación a las personas con discapacidad que aseguraran que al final de dicho procedimiento quedaran cubiertas las ocho plazas que la convocatoria reservaba para ellas”.

¹⁴⁵ Recomendación, de 30 de junio de 2016, formulada por la Defensora del Pueblo al Ministerio del Interior. Subsecretaría del Interior (queja número 16008346).



A este respecto, el Tribunal consideró, con referencia a la jurisprudencia previa (Sentencia de 18 de octubre de 2007) que *“se trata de una reserva de plazas para personas con discapacidad que no dispensa a estas de superar las pruebas selectivas con el mínimo que haya sido establecido en la convocatoria, pero dicha reserva, para que realmente lo sea, comporta necesariamente lo siguiente: que quienes opten por acceder a través de este cupo, y una vez hayan alcanzado esos mínimos de la convocatoria, no compiten con la totalidad de los aspirantes sino solamente con los que participen en el proceso selectivo a través del tan repetido cupo”*.

En este contexto, el Tribunal destacó que en la Convención, que había sido invocada expresamente por el recurrente, así como en otras normas *“de Derecho internacional y de la Unión Europea”*, falta *“una específica imposición sobre que la evaluación de la capacidad profesional haya de hacerse con pautas cualitativas diferenciadas”*.

Finalmente, cabe destacar asimismo la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de febrero de 2015, en la que se planteó por el recurrente, en lo que aquí interesa, que fuera anulado el criterio de corrección por el que se aplicó a ambos turnos el mismo corte, aplicando al turno de discapacitados el corte correspondiente al mínimo establecido en la convocatoria de acuerdo con las reglas aritméticas previstas en la misma.

El Tribunal reiteró los términos de su previa Sentencia, de 19 de marzo de 2014, señalando nuevamente que la Convención no se contraponía a su conclusión, y puntualizó que *“no se trata de ausencia de sensibilidad del tribunal respecto de las personas con discapacidad, como aduce el recurrente, sino del respeto a las normas que regulan un proceso selectivo en que la Orden de la convocatoria exigía, a los discapacitados a los que se reservaban 3 plazas, que alcanzaran la puntuación mínima exigida para superar los dos ejercicios, 10 puntos”*.

Inició igualmente el Tribunal, abundando en la anterior idea, en que *“las medidas de discriminación positiva establecidas a favor de las personas con discapacidad no autorizan a establecer para ellas distintos criterios técnicos*



de calificación de sus méritos y capacidad, pues en esta concreta materia (el de la idoneidad profesional mínima exigible para acceder a la función pública) rigen sin salvedad los mandatos de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE; (2) que esas medidas o beneficios sólo pueden ser aplicadas a quienes hayan superado el umbral mínimo de profesionalidad, común a todos los aspirantes, y, por ello, su significación es que, en el turno de plazas reservadas a personas con discapacidad, estas sólo compiten con quienes concurren por este turno; y (3) que en el planteamiento de la actual casación debe ser respetada la declaración de la sentencia recurrida de que no fue errónea o arbitraria la calificación del recurrente por debajo de ese mínimo de profesionalidad”¹⁴⁶.

Educación

Merece la pena destacar la Sentencia, de 9 de mayo de 2011, en la que se estima el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia, de 4 de diciembre de 2009, del Tribunal Superior de Justicia de Valencia. En la instancia, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia había tenido en cuenta la Convención que, aunque no era aplicable *ratione temporis*, “*revela la consideración de España por la escolarización de menores con necesidades educativas específicas*” y conforme a la cual concluía que había de considerarse que la actuación administrativa en este contexto no es graciable, sino que ha de ajustarse a dicha Convención. En todo caso, desestimó el recurso por entender que, en dicho caso, la actuación administrativa se había ajustado a Derecho en el marco de la escolarización de unos niños con Trastorno de Espectro Autista.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, estimando el recurso de casación, consideró que los referentes invocados por el Tribunal Superior de Justicia no eran trasladables al supuesto concreto, señalando lo siguiente: “*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*

¹⁴⁶ De acuerdo con la información disponible, el Defensor del Pueblo interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, a iniciativa del CERMI, por entender que la sentencia “*no protege suficientemente a las personas con discapacidad en su derecho de acceso al empleo público, pues realiza una interpretación restrictiva de los requisitos por los que se accede desde el turno especial de discapacidad*”.



centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición 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 de 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”.

4. CONCLUSIONES

La Convención es un elemento necesario y fundamental para modificar la realidad social. Sin embargo, no es suficiente. Para lograr su cumplimiento, resulta ineludible el compromiso real de los tres poderes del Estado; esto es, del poder legislativo (en la labor de derogar leyes que vulneren sus postulados y crear normas que complementen el Tratado y permitan el diseño e implementación de la política pública en la materia desde la perspectiva de los derechos humanos), del poder ejecutivo (en cuanto a su tarea de ejecutor y fiscalizador dentro de su esfera competente), y del poder judicial (desde su función de garante e intérprete del Derecho, restableciéndolo y estipulando su manera de reparar los daños ocasionados frente a la existencia de vulneraciones).

En el ámbito del derecho internacional, la Convención ha servido para situar la discapacidad como cuestión de derechos humanos. Un logro enorme, dado que esta concepción “puso en la agenda” la temática de la discapacidad en el sistema Universal y los sistemas regionales de protección de los derechos. En este contexto, es dable destacar la labor del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁴⁷, del Comité sobre los Derechos de las

¹⁴⁷ http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?s=95



Personas con Discapacidad, y el gran avance que supuso la creación de la Relatoría Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y la importante labor que desde estos organismos se está llevando adelante¹⁴⁸.

Como se ha visto en las páginas anteriores, los Estados Parte que han ratificado la Convención vienen trabajando –algunos en mayor y otros en menor grado– en medidas que conduzcan a alcanzar su cumplimiento. De forma que hoy en día se cuenta con la promulgación de una serie de leyes que, a nivel mundial, incorporan los postulados de la Convención, y con sentencias que las aplican alimentando e irradiando sus principios. El recorrido es aún tímido, y denota en algunos ámbitos la necesidad de medidas que tiendan a difundir el Tratado, el enfoque de derechos humanos que supone, y las obligaciones que se derivan. En este sentido, como se ha visto ejemplificado en el caso de España, la Convención ha tenido un impacto importante en la adaptación del ordenamiento jurídico interno, tanto con la adopción de normas generales y/o de carácter transversal, así como numerosas adaptaciones en la normativa sectorial. Si bien aún queda un recorrido importante por realizar.

Es importante incidir en la necesidad de impulsar la labor del poder judicial, como garante constitucional de la aplicación de las normas para el logro del ejercicio real y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención. Es preciso que las normas que reconocen estos derechos se apliquen de forma material y que se resuelvan los conflictos jurídicos que se planteen.

Para el logro de este objetivo resultará imprescindible que las personas con discapacidad y su entorno ejerzan de manera decidida y habitual su derecho a la tutela judicial efectiva, y acudan a Jueces, Magistrados y Tribunales para exigir un disfrute efectivo de sus derechos. Es esencial avanzar en esta dirección para disponer de una consolidada doctrina jurisprudencial en estas materias, que permita que los elementos innovadores de la Convención inunden el conjunto del ordenamiento jurídico y produzcan los deseados efectos transformadores reconocidos en la Convención.

¹⁴⁸ Designada después de establecer su mandato a través de la resolución 26/20 del Consejo de Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/SRDisabilities/Pages/SRDisabilitiesIndex.aspx>

II. LA UNIÓN EUROPEA COMO PARTE DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Dr. Miguel Ángel Cabra de Luna

Director de Relaciones Sociales e Internacionales y Planes Estratégicos y Consejero del Comité Económico y Social Europeo (CESE) en representación de CEPES

Javier Güemes Pedraza

Director Técnico – Dirección Técnica de Relaciones Internacionales Consejo General de ONCE

SUMARIO: 1. LA RATIFICACIÓN DE LA CDPD POR PARTE DE LA UE¹ COMO ORGANIZACIÓN DE INTEGRACIÓN REGIONAL. –2. EL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CDPD EN LA UE . –3. LA APLICACIÓN DE LA CDPD EN LA UNIÓN EUROPEA. –4. CONCLUSIONES

El 30 de marzo de 2007, la Comunidad Europea² firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

¹ Decisión del Consejo 2010/48/CE, 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 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2010:023:FULL&from=ES>

² Aunque utilizaremos la denominación Unión Europea a lo largo del capítulo, formalmente la entidad firmante de la Convención fue la Comunidad Europea ya que no será hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, cuando se produce el cambio acordado en el Tratado: "La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea" afectando igualmente a su personalidad jurídica.



(CDPD) en el mismo día de apertura para su firma. Posteriormente, la Unión Europea (UE) la ratificó, el 23 de diciembre de 2010, convirtiéndose de este modo en el 97º Estado Parte de la misma.

La ratificación de la CDPD tuvo lugar durante la Presidencia de turno del Consejo de la UE del Reino de Bélgica, que la incorporó a las prioridades políticas del semestre presidencial. El impulso político de esta presidencia de turno de la UE fue determinante para lograr la ratificación.

La ratificación de la CDPD por la UE completó las ratificaciones que, de forma individual, iban realizando cada uno de los Estados miembros de la UE. Este punto es especialmente relevante, ya que durante el proceso de ratificación se debatió sobre la necesidad de que la UE esperase o no a la ratificación de todos los países miembros antes de hacer su propia ratificación³. Un número importante de competencias compartidas entre los Estados y la UE, que concernían la CDPD, estaban quedando fuera de los ámbitos de aplicación de la CDPD de los Estados Parte Europeos y, en consecuencia, se determinó que la ratificación por parte de la UE aportaba seguridad jurídica, eficacia y coherencia a las ratificaciones europeas ya producidas y a las que se irían realizando de manera progresiva posteriormente⁴.

La ratificación de la CDPD, por parte de la UE, tiene un carácter histórico por tratarse de la primera Convención de Derechos Humanos (DDHH) a la que se adhiere en su historia. Este acto conlleva la confirmación de sus competencias en ámbitos relacionados con los DDHH, una realidad que aportará, sin lugar a dudas, importantes cambios a la UE, y uno de los motores habrá sido sin duda la discapacidad. El Tratado de Lisboa y la incorporación de la Carta

³ Es importante considerar que a día de hoy todavía falta la República de Irlanda por depositar su instrumento de ratificación, si se hubiera esperado a contar con todas las ratificaciones antes de que la UE hubiera ratificado, esto habría significado una década perdida para la aplicación de la CDPD en la UE. En la actualidad está teniendo lugar un debate similar en cuanto a competencias y orden de ratificación del Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso (administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

⁴ En el momento de la ratificación de la UE, sólo 16 países miembros de la Unión la habían ratificado.



de Derechos Fundamentales al Tratado significaron un gran avance en este ámbito, pero la CDPD incluye mecanismos externos de fuentes de derecho y control novedosos para la UE en este ámbito.

Esta breve introducción nos debe permitir añadir una reflexión sobre el proceso de negociación de la CDPD previo a la adopción, y el papel jugado por la UE.

La UE es parte de la CDPD debido, en gran medida, al papel muy predominante y activo que el movimiento Europeo de personas con discapacidad tuvo en las negociaciones de la CDPD y que, a través de la auto-organización en “caucus” junto con otras organizaciones internacionales, contribuyó a las negociaciones de la CDPD. El movimiento aportó soluciones técnicas y propuestas concretas al articulado de la CDPD, y entre ellas, se encuentra, motivada por el movimiento Europeo⁵, la inclusión de un mecanismo de ratificación para las “organizaciones de integración regional” (art. 44 de la CDPD). Este mecanismo posibilitó más tarde el proceso de incidencia política para que la UE invocara este artículo e iniciara el proceso de ratificación. La CDPD se transformó en la primera Convención de Derechos Humanos que permite la ratificación de las organizaciones de integración regional y aunque, a día de hoy, sólo la UE (como organización de integración regional más desarrollada del mundo) la ha ratificado, sigue abierta a otras organizaciones regionales que cuenten con las competencias necesarias para ser Estado Parte (la Unión Africana o la Liga Árabe).

Además del papel relevante del movimiento de las personas con discapacidad europeo en la negociación, las instituciones de la UE, sobre todo la Comisión Europea y la Presidencia del Consejo de la UE, también jugaron un papel muy determinante en las negociaciones de la CDPD. Desde el inicio de la negociación, la UE y sus países miembro se convirtieron en un solo bloque, unificando su voz y presentando, a lo largo de todo el proceso de negociación, una fuerte posición negociadora de los 25 países que formaban, en ese mo-

⁵ Liderado por el Foro Europeo de la Discapacidad



mento, la UE. Esa capacidad federadora de la UE ha quedado reducida, tras la adopción, a una coordinación de cara a las Conferencias de Estados Parte de la CDPD, lo cual sólo puede lamentarse por haber perdido la UE una fuerza precursora muy necesaria en los momentos posteriores de aplicación de la CDPD.

El carácter histórico y la singularidad de la ratificación de la CDPD por la UE nos ha llevado a una década de transitar por una zona inexplorada donde ha sido necesario debatir, encontrar, desarrollar, argumentar y acordar (siendo conscientes en algunas ocasiones de no haber logrado la mejor solución, si no la única posible) las implicaciones que tiene para la UE un tratado internacional de DDHH.

Las diferentes etapas de este periodo han producido un enriquecedor diálogo (no siempre fácil) entre instituciones europeas, organizaciones de la sociedad civil, agentes sociales, proveedores de servicios, entre otros muchos actores que han intercambiado visiones muy distintas sobre muchos factores que eran necesarios para el desarrollo de la CDPD en la UE, entre ellos podemos destacar: el proceso de ratificación; la definición de la jerarquía normativa en la que se introduce la CDPD y su relación con las fuentes del derecho comunitario; el ámbito competencial de la UE afectado por la CDPD; los instrumentos de gobernanza (mecanismo independiente de monitorización, punto focal); el alcance de la monitorización de la UE por un organismo supranacional, como es el Comité de la Convención; el papel de la sociedad civil organizada en los mecanismos de elaboración de políticas públicas europeas; la forma de implicar de forma directa a grupos especialmente vulnerables como mujeres, niños y niñas; y así una larga lista de otros muchos aspectos inéditos en las políticas europeas que afectan a las personas con discapacidad.

Esta década de existencia de la CDPD en la Unión Europea ha sido un tensión entre dos fuerzas contrapuestas; la resistencia al cambio (basada en la creencia de que la CDPD no ha cambiado de manera fundamental el marco europeo de elaboración de políticas públicas y es una declaración de principios con los que todos los países e instituciones europeas coinciden) y, en el otro polo, una labor creativa de encontrar maneras de adaptar de forma progresiva



la UE a los principios de la CDPD (como marco legal integrado en el sistema de fuentes de derecho europeas y que requiere acciones legislativas y políticas proactivas por parte de la UE).

El punto de inflexión en este diálogo lo ha determinado (justo al final de la primera década) la obligación de reportar al Comité de NNUU sobre la CDPD (Comité de la Convención) sobre el grado de implementación de la CDPD por parte de la UE y las conclusiones (observaciones finales subsecuentes). El esfuerzo de reporte y de análisis, sin precedentes, que todas las instituciones europeas y todas las demás partes interesadas, tuvieron que realizar para afrontar el desafío del análisis del Comité, ha tenido como impacto: (1) la concienciación de las instituciones de la UE de sus obligaciones como estado parte y (2) ha dotado, a todas las partes interesadas, de un análisis e información ricos sobre los puntos fuertes y débiles de la UE de cara al cumplimiento de sus obligaciones con respecto a la CDPD. Otro de los resultados importantes de este esfuerzo de reporte ha sido la capacitación del movimiento organizado europeo de personas con discapacidad, que tras este ejercicio ha conseguido un mayor grado de información, un acercamiento entre organizaciones para conocer mejor las necesidades de los otros grupos de personas con discapacidad y, por último, un fortalecimiento de la capacidad técnica para la formulación de sus propuestas dentro del sistema Europeo.

Este capítulo trata de dar, en primer lugar, una breve visión general de una década de trabajo y de intercambio entre instituciones europeas, órganos consultivos, las agencias europeas, la sociedad civil organizada, los agentes sociales, las universidades y fundaciones, entre otros muchos actores, para acordar un marco normativo y administrativo adecuado para la CDPD. En segundo lugar, resume los resultados del diálogo constructivo entre el Comité de la Convención, las Instituciones Europeas y los movimientos sociales para definir un plan de acción de las áreas de mejora principales que deben acometerse en los próximos años en la UE.

Mirando hacia el futuro, los grandes desafíos a los que se enfrenta la UE tras una década de CDPD son numerosos y trascienden el ámbito de la discapacidad para abarcar su responsabilidad de la UE con los Derechos Humanos



y el bienestar de sus ciudadanos. En este punto, es importante recordar que durante esta década también hemos atravesado (y aún seguimos) una crisis económica, política, social e institucional sin precedentes. La crisis, que se hizo presente en 2008, ha provocado, de manera paradójica, que el progresivo reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad a nivel europeo no ha ido acompañado de una clara mejora de sus condiciones de vida. Muy al contrario, en muchos casos, las personas con discapacidad han perdido, a nivel nacional, conquistas sociales y económicas muy importantes. Perseguir la coherencia entre los DDHH y las políticas económicas de la UE es una asignatura todavía pendiente en la que todos debemos trabajar en el futuro.

1. LA RATIFICACIÓN DE LA CDPD POR PARTE DE LA UE⁶ COMO ORGANIZACIÓN DE INTEGRACIÓN REGIONAL

La UE invocó el artículo 44 de la CDPD para firmar (30 marzo de 2007) y ratificar la Convención el 23 de enero de 2010, entrando en vigor en el territorio de la UE un mes más tarde. La CDPD ya estaba en vigor para los Estados Parte desde el 3 de mayo de 2008 tras la vigésima ratificación cuyo honor correspondió a Ecuador.

El mecanismo que establece la CDPD para habilitar a las organizaciones de integración regional su incorporación como estado parte queda enunciado de manera clara en el artículo 44 de la CDPD. El artículo establece (1) la definición de una organización de integración regional⁷ (2) añade un requisito de declaración de competencias que el resto de Estados Parte no deben realizar⁸ y; (3) limita ciertos derechos y atribuciones, que los otros estados parte sí poseen (su ratificación no computa en el número mínimo, 20 ratificaciones, para

⁶ Decisión del Consejo 2010/48/CE, 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 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2010:023:FULL&from=ES>

⁷ “se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada a la que sus Estados miembros hayan transferido competencia respecto de las cuestiones regidas por la presente Convención”

⁸ “declararán, en sus instrumentos de confirmación oficial o adhesión, su grado de competencia con respecto a las cuestiones regidas por la presente Convención”



la entrada en vigor de la CDPD y tampoco para las futuras enmiendas de la misma). Por último, (4) tampoco cuenta con voto propio como Estado Parte, si no con los que le otorguen los estados miembro siempre que estos decidan no ejercer su derecho al voto. Un ejemplo práctico de este artículo es que la UE no puede votar en ninguna de las elecciones al Comité de la Convención, ya que ese derecho sigue siendo ejercido directamente por los países de UE que son Estado Parte.

La declaración de competencias⁹ de la UE

Dando seguimiento al artículo 44, la UE presentó una declaración de competencias en su instrumento de ratificación. La declaración de competencias ilustra la capacidad de acción de la UE con respecto a la CDPD a través de competencias exclusivas, competencias compartidas y otras acciones de coordinación e impulso que, bajo el principio de atribución, se reflejan en los artículos 3, 4, 5 y 6 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

La declaración de competencias es una relación de los actos comunitarios (Reglamentos y Directivas) en materias que, según la Comisión Europea, conciernen la aplicación de la CDPD. Tal y como está adoptada en la actualidad, la declaración de competencias es en realidad un “mapeo” de los diferentes actos donde la UE ha legislado de manera directa y expresa materias que atañen la discapacidad, asociando “competencia” con un acto de fuerza legal. Los detractores de este formato de declaración de competencias argumentan que disminuye el ámbito de aplicación de la Convención por entender que la declaración de competencias debe ir más allá y definir sus ámbitos competenciales haya o no legislado en ellos. La UE entiende no obstante que sólo es competente cuando existe un acto jurídico (adoptado por el acto legislativo pertinente) que dote a las instituciones de su ámbito de actuación.

A día de hoy el debate todavía continúa y el propio Comité de la Convención (del que hablaremos en una sección posterior) señaló, en sus Observaciones Finales para la UE, la necesidad de revisión de la declaración de

⁹ Texto completo de la declaración de competencia de la UE en anexo I



competencias como una de las tres prioridades a realizar antes de finales de 2016 (12 meses después de la adopción de las mismas). El Comité de la Convención indica la necesidad de actualización de la declaración y añade que debe incluir no sólo aquella legislación que específicamente refiera a la discapacidad si no también aquella que es “relevante” para las personas con discapacidad. La Comisión Europea presentará antes de finales de 2016 una revisión y se verá en qué grado toma en consideración esta recomendación.

Código de conducta¹⁰

Uno de los elementos más interesantes que ha implicado la ratificación de la CDPD, por parte de la UE, ha sido el desarrollo de un mecanismo de relación entre las instituciones y los Estados Parte para coordinarse de cara a la representación de la UE ante los organismos de la CDPD.

El resultado ha sido un reparto en el liderazgo en la formulación de posiciones políticas, así por ejemplo la adopción de posiciones relativas a las competencias exclusivas de la UE, requiere el liderazgo de la Comisión Europea en su diseño. Por otro lado, para las competencias compartidas se intentará alcanzar posiciones comunes entre Estados y UE y, por último, en las competencias de los Estados, la Unión Europea desarrollará solamente funciones de coordinación.

En relación a la adopción de los posicionamientos comunes de la UE, el Consejo de la UE ejerce la competencia para la adopción de los mismos y “de facto” designa al Grupo de Derechos Humanos (COHOM) del Consejo como el órgano responsable de coordinación en este ámbito.

El código establece reglas para la presentación de las posiciones comunes (o en su defecto las posiciones sin acuerdo) las votaciones, nombramientos para los candidatos al Comité, el seguimiento y elaboración de informes (que

¹⁰ 2010/C 340/08 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.



incluye la peculiaridad en la que se señala que todos los países pueden invitar a un experto/a de la UE para formar parte de sus delegaciones, y viceversa, una posibilidad muy poco utilizada por los países de la UE) así como la coordinación entre los puntos focales de la UE y los Estados.

Reserva de la UE a la CDPD

La UE ha ejercido su derecho a establecer reservas a la CDPD, y lo hizo dentro del campo del empleo. La reserva¹¹ se refiere a la exclusión de los derechos de no discriminación en materia de empleo en las fuerzas armadas, que en realidad traslada a la implementación de la CDPD la restricción presente 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*¹². Esta reserva tiene su origen histórico en la exigencia del Reino Unido de incluir esta restricción en la directiva en coherencia con su propia legislación. La salida del Reino Unido de la UE podría facilitar la eliminación de esta reserva de tanto para la CDPD como para la Directiva.

2. EL SISTEMA DE GOBERNANZA DE LA CDPD EN LA UE

El artículo 33 de la CDPD establece un sistema de gobernanza de la CDPD cuya aplicación en la UE ha sido compleja por tratarse de un Estado Parte atípico. La designación del punto focal, la creación del mecanismo independiente, así como el mecanismo de participación de la sociedad civil han requerido una adaptación progresiva al sistema institucional europeo, que todavía no está cerca de un óptimo institucional.

¹¹ Reserva: La Comunidad Europea establece que, de conformidad con el Derecho Comunitario (en particular la Directiva 2000/78 / CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 que establece un marco general para la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación) los Estados miembros podrán , en su caso , introducir sus propias reservas al artículo 27 (1) de la Convención de discapacidad en la medida en que el artículo 3 (4) de dicha Directiva les da el derecho de excluir la no discriminación por motivos de discapacidad con respecto al empleo en las fuerzas armadas del ámbito de aplicación de la Directiva. Por lo tanto , la Comunidad afirma que concluye la Convención, sin perjuicio del derecho anterior, conferido a sus Estados miembros en virtud del Derecho comunitario".

¹² Diario Oficial n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022.



Designación del punto focal

El Consejo de la UE designó a la Comisión Europea como punto focal de la CDPD. Tras los cambios administrativos y competenciales que introdujo la Comisión Juncker, el departamento responsable de ejercer las funciones de punto focal es la Unidad de Discapacidad e Inclusión¹³.

Sin embargo es importante destacar que cuando el Consejo de la UE tomó la decisión de otorgar las funciones de Punto Focal a la Comisión Europea, la Unidad de Inclusión de Personas con Discapacidad (así se llamaba en ese momento) estaba incorporada en el organigrama de la DG de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía que existía durante la Comisión Barroso II. El hecho de que la Unidad se encontrara dentro de esa DG se entendió como un movimiento positivo que situaba a la discapacidad (y de este modo a la CDPD) en el concepto transversal de derechos humanos.

El tiempo ha demostrado que las conquistas sociales (en este caso orgánicas) siempre pueden retroceder, durante el primer mandato de Juncker, la discapacidad ha retornado a la DG de Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, situando nuevamente a la discapacidad en el ámbito de las políticas sociales y de empleo, alejándola de otras de carácter más transversal en relación a los Derechos Fundamentales.

Por otro lado, la decisión de trasladar el punto focal a la DG Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión, ha sido acompañada por la ampliación de las competencias de la Unidad a la gestión de la financiación de otras organizaciones sociales (más allá del ámbito de la discapacidad) diluyendo en cierta manera la discapacidad y restando poder promotor a la unidad ya que, de momento, no se han reforzado sus capacidades de recursos humanos y financieros.

El punto focal se apoya en el antiguo mecanismo de las consultas inter-servicios (genérico en la Comisión Europea) pero carece de la suficiente fuerza de control de “todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención” tal y como establece la CDPD.

¹³ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=en>



Mecanismo de seguimiento de la CDPD¹⁴

La CDPD establece en su artículo 33.2 que los Estados “*mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención*”.

La UE no contaba, en el momento de la ratificación de la CDPD, con ningún mecanismo independiente que pudiera presentar las garantías necesarias de seguimiento de cumplimiento de los preceptos de la Convención, así como con los requisitos previstos para los órganos de seguimiento de los tratados de derechos humanos denominados “Principios de París”, tal y como fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en marzo de 1992¹⁵. Dichos principios establecen tanto los criterios que debe cumplir un órgano de seguimiento de DDHH como las funciones que estos deben desempeñar para promover, proteger y monitorizar los derechos de la CDPD.

Los Principios de París parten de una dificultad inicial ya que no se pensaron para las características y funciones de una “organización de integración regional” como la UE. Esto impacta de forma directa en varias cuestiones relativas a la UE como organización supranacional, pero sobre todo en una muy esencial, el encaje difícil de la Comisión Europea (como organismo *per se* supranacional) en la estructura resultante. Esto ha provocado el debate entre dos visiones enfrentadas: una Comisión Europea vista por algunos como gobierno de la UE y por tanto carente de capacidad de monitorizar sus propias acciones, y al contrario, por otros, como guardiana del tratado y por tanto con capacidad al menos de monitorizar la aplicación de la normativa europea por parte de los países miembro de la UE.

1ª Fase– La creación de un mecanismo genuino para la UE

Desde el comienzo de la negociación para la creación del mecanismo se barajaron varias opciones; (1) creación “*ex novo*” de un órgano independiente

¹⁴ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1189&langId=en>

¹⁵ Adoptados posteriormente por la resolución de la Asamblea General de NNUU 48/134 de 20 de diciembre de 1993.



de seguimiento (bajo la forma de una agencia europea). Las implicaciones de la crisis y la de reducción de gastos administrativos de la UE, en medio de una fuerte crisis económica e institucional para el conjunto de los países de la UE, determinaron que esta opción, óptima desde el punto de vista de la CDPD y los principios de París, fuera desechada; (2) la segunda opción explorada fue otorgar las funciones de mecanismo independiente a la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE (FRA), esta opción también acabó desechándose por no contar dicha agencia con las garantías suficientes de independencia, ya que tanto su presupuesto como su programa de trabajo deben contar con la aprobación de la Comisión Europea.

La tercera opción (3), finalmente adoptada por el COHOM, fue la creación de un mecanismo múltiple cuyos diferentes componentes pudieran contribuir, de manera independiente pero coordinada, al desarrollo de las funciones establecidas por los criterios de París.

El mecanismo independiente múltiple quedó finalmente configurado por:

- La Agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea (FRA)
- El Defensor del Pueblo Europeo
- El Foro Europeo de la Discapacidad (EDF)
- El Parlamento Europeo (Comisión de Peticiones)
- La Comisión Europea (Unidad de Discapacidad e Inclusión)

Es interesante señalar en este punto que una de las referencias que se tomó en el diseño del mecanismo europeo fue el modelo español de seguimiento que permite a la sociedad civil organizada de personas con discapacidad (CERMI) participar en las funciones de monitorización junto con el Defensor del Pueblo. No obstante, el mecanismo europeo necesita añadir otros componentes ya que:

- El defensor del pueblo europeo sólo puede proteger a los ciudadanos en casos de mala administración por parte de las instituciones europeas, por tanto su acción de protección es muy limitada de cara al ciudadano europeo. Para solucionar esta carencia se incorporó en el mecanismo a



la Comisión de peticiones del Parlamento Europeo, órgano de protección de los ciudadanos europeos con carácter general.

- En segundo lugar, se necesitaba un mecanismo de monitorización de la correcta implementación de la legislación y políticas de la UE por parte de los Estados miembro. Esto implicó la inclusión de la Comisión Europea dentro del mismo para desarrollar sus funciones de guardiana de los Tratados.
- El EDF es el único de los organismos incorporados al mecanismo que podía ejercer de forma independiente todas las funciones de promoción, protección y monitorización. Por otro lado el Foro Europeo de la Discapacidad aportaba una novedad de incorporación de la sociedad civil en el mecanismo de seguimiento, en consonancia con los preceptos, de la CDPD.
- Por último, se incorporó a FRA como el elemento que puede aportar conocimiento y estudios en profundidad sobre la situación de las personas con discapacidad en la UE.

La creación de este mecanismo produjo una crítica por parte de algunas instituciones nacionales de derechos humanos de los países de la Unión Europea (a través de su red europea), en relación con la presencia de la Comisión Europea (como ejecutivo) y del Parlamento Europeo (como poder legislativo) en el mecanismo ya que son instituciones obligadas a aplicar la CDPD y no pueden ser por tanto “independientes” en la monitorización de la implementación de la CDPD. Otros sectores de la sociedad civil (principalmente las organizaciones de proveedores de servicios) también interpretaron que su exclusión del mecanismo no era coherente con los preceptos de la CDPD (aunque esta expresamente otorga un papel muy diferenciado a las organizaciones de personas con discapacidad en su artículo 4.3).

Las cinco entidades que componían el mecanismo se constituyeron, tras la decisión del COHOM, a través de un intercambio de cartas de compromiso entre los miembros y estableciendo un mecanismo coordinado con una Presidencia y una secretaría sobre la base de unas normas de procedimiento que establecen las funciones y procesos de toma de decisiones.



Durante el primer período de puesta en marcha del mecanismo, EDF ocupó la presidencia y la Comisión Europea la secretaría por decisión unánime de todos los miembros.

2ª Fase – El Parlamento Europeo cambia su participación

El mecanismo dedicó gran parte de su primer período de mandato a definir sus funciones, y normas operativas, pero desde el principio contó con un problema por parte de la representación del Parlamento Europeo. Si bien el COHOM había diseñado el mecanismo con la participación de la Comisión de Peticiones del Parlamento Europeo, y esta había aceptado. La Comisión de Presidentes del Parlamento, bajo presión de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, reconsideró la decisión y declaró que el único competente para definir su presencia en el mecanismo es el propio Parlamento y determinó que dicha representación, correspondía a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, en estrecha colaboración con la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior y con el concurso del resto de comisiones dependiendo del asunto.

Esta decisión tuvo un gran impacto en el mecanismo ya que el Parlamento Europeo, a partir de ese momento, ya no podía ejercer las funciones para las cuales se había incorporado a dicho mecanismo, que era la de proteger al ciudadano europeo a través de su Comisión de Peticiones.

3ª Fase – La Comisión Europea queda excluida por decisión del Comité de la Convención

El mecanismo empezó a operar con grandes dificultades y demostró desde el principio que la presencia tanto del Parlamento Europeo como de la Comisión Europea dificultaba la toma de decisiones como mecanismo independiente destinado a desempeñar las funciones establecidas en los Principios de París.

Esta situación creó la necesidad de que el mecanismo europeo fuera analizado de manera detallada por el Comité con clara intención de valorar si la presencia tanto del Parlamento Europeo como de la Comisión Europea respondía a los criterios de la CDPD.



La decisión del Comité de la Convención fue concluyente, instruyendo la salida de la Comisión Europea del mecanismo, en los 12 meses siguientes a la adopción de sus Observaciones Finales y considerando la presencia del Parlamento Europeo como adecuada dentro del mecanismo, tal y como señalan los Principios de París.

Otros mecanismos vinculados a la gobernanza de la CDPD en la UE

Un número importante de mecanismos que precedían a la ratificación de la CDPD en la UE han seguido desarrollando su actividad bajo el nuevo marco sin alterar de manera fundamental su funcionamiento, en este caso se pueden destacar el Grupo de Alto Nivel de Discapacidad, el Intergrupo de Discapacidad del Parlamento Europeo y los mecanismos de consulta inter-servicios.

Por otro lado la CDPD ha sido también un revulsivo para la creación de nuevos mecanismos de aplicación transversal de la CDPD. Podemos destacar los siguientes:

- **Work Forum:** La fuerte imbricación entre las políticas europeas y nacionales de discapacidad en la UE, reforzada por la CDPD, llevó a la presidencia del Consejo de la UE por el Reino de Bélgica (la misma que impulsó la ratificación de la CDPD) a proponer la creación de un mecanismo de intercambio de conocimiento y coordinación entre los puntos focales europeos de la CDPD, los mecanismos de seguimiento y la sociedad civil de la UE y de los Estados Parte, llamado “Foro de Trabajo de la CDPD” (Work Forum) y que desde entonces se reúne cada año para intercambiar políticas públicas y legislación en la implementación de la CDPD tanto a nivel nacional como europeo e incidiendo, de manera especial, en aquellas políticas en las que se produce encuentro de competencias de la UE y los países.
- El “CRPD network” del Parlamento Europeo. Impulsado por la Comisión de Presidentes del Parlamento Europeo, este grupo tiene forma de una subcomisión del Parlamento compuesta por parlamentarios de



todas las comisiones relevantes de cara a la implementación de la CDPD. Este organismo no ha avanzado de manera decidida todavía dentro del Parlamento, padeciendo una infra-capacidad de personal ya que se ha integrado dentro del secretariado de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales y no se ha articulado todavía una respuesta satisfactoria desde su secretariado.

- El Grupo de Estudio Permanente sobre la CDPD del Comité Económico y Social Europeo. Nacido como un grupo “Ad hoc” sobre la CDPD en el Comité, durante el anterior mandato, se ha transformado en el presente mandato en un Grupo de Estudio Permanente con las funciones de hacer un seguimiento del trabajo del Comité sobre la CDPD en todos los dictámenes, así como de promover su implementación, informar sobre su contenido y realizar misiones exploratorias sobre la aplicación de la CDPD en países de la UE.

3. LA APLICACIÓN DE LA CDPD EN LA UNIÓN EUROPEA

Tal y como señalábamos anteriormente, la ratificación de la CDPD por parte de la UE ha sido un hecho sin precedentes y aislado en su historia. Tanto las instituciones europeas como el movimiento de la sociedad civil organizada están avanzando de manera desigual en la visión que tienen del impacto de la CDPD en la legislación y definición de políticas europeas. Por un lado, la Comisión Europea, apoyada de forma contundente por sus servicios legales, pero de manera desigual (dependiendo del departamento de la Comisión que inicie el proceso legislativo), ve con distancia el impacto en su iniciativa legislativa (que sigue desarrollando de manera similar a antes de la ratificación). Señala que la CDPD es el “marco de referencia” que debe guiar la aplicación de la legislación actual y la adopción de futura legislación iniciadas por las instituciones. En consecuencia, no considera la CDPD como creadora de obligaciones nuevas que requieran la adopción de nuevas políticas o legislación.

Por otro lado, el movimiento social de la discapacidad ve la CDPD como un “marco de obligaciones legales y políticas” para la UE que debe ser trasladado a una estrategia de puesta en marcha de nuevas iniciativas legales y de políticas públicas en el marco de la UE.



Se revela imprescindible en este contexto llevar a cabo –también a nivel europeo– una intensa tarea de sensibilización y difusión del contenido de la Convención, a destacar sobre todo en relación con los operadores jurídicos, que son los que en definitiva van a tener que velar por la aplicación práctica de ésta en su defensa de la plena efectividad de los derechos de las personas con discapacidad y sus familias. Son reseñables los esfuerzos llevados a cabo en esta línea por entidades como la Fundación ONCE que, a través de su participación en la Red Temática sobre Discapacidad del Centro Europeo de Fundaciones, ha puesto en marcha en los últimos años en colaboración con la Academia de Derecho Europeo (ERA) una serie de seminarios cuya finalidad ha sido, precisamente, formar entre otros a miembros de la judicatura, fiscales y abogados en un conocimiento más profundo de la Convención.

La interpretación de las obligaciones para la UE por parte del Comité de la CDPD era muy necesaria para dotar a la UE de un marco de interpretación para la aplicación de la CDPD.

La relevancia del análisis de la UE por el Comité de NNUU de la CDPD

El análisis de la UE por el Comité de la NNUU de la CDPD, ha sido el mayor ejercicio de valoración de las políticas europeas, desde la perspectiva de la Discapacidad y de los preceptos de la CDPD, en la historia de la UE.

Este ejercicio de evaluación de la CDPD movilizó a todas las Instituciones de la UE, sus órganos consultivos, la sociedad civil organizada, las universidades y centros de investigación vinculados a la discapacidad, agencias europeas, Defensor del pueblo europeo e instituciones de derechos humanos, entre otros muchos. El resultado fue una labor colectiva de análisis que ha aumentado a día de hoy la capacidad de conocimiento sobre la situación de las personas con discapacidad en la UE, así como la capacidad propositiva de acciones de futuro en el ámbito de las políticas de discapacidad para la UE.

Sólo hay que asomarse a la página web de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de NNUU, en referencia a la 13ª Sesión del Comité de



la Convención¹⁶, para encontrar el ingente trabajo de todos los implicados en el proceso, desde el informe inicial del estado parte, los informes alternativos de la sociedad civil y las instituciones de derechos humanos, las respuestas a las listas de cuestiones y las respuestas alternativas del resto de las partes interesadas.

El Comité, por otro lado, a través de sus observaciones finales, ha ayudado a dotar de un marco de referencia en la discusión sobre las carencias de las políticas europeas, así como sus vías de evolución futura.

El caso de la revisión de la UE también fue excepcional por la rapidez en la que el Comité tomó consideración de sus informes. De hecho la fecha de revisión se adelantó dos años, al considerar el potencial impacto aclaratorio que podría tener en las revisiones de los 28 Estados miembro de la UE. Las revisiones individuales de los países de la UE, hasta este momento, ya habían demostrado la pertinencia de considerar el impacto de la UE en sus competencias compartidas y exclusivas. La decisión del Comité fue aplaudida por todas las partes interesadas.

La UE puede desplegar su capacidad normativa y de definición de políticas en todos los artículos de la CDPD con independencia de su nivel competencial

Uno de los principales elementos de discusión, que centró los trabajos preparatorios del informe de la UE, era la capacidad de acción de la UE en todo el articulado de la CDPD. En este sentido, existían dos aproximaciones muy diferenciadas; desde (1) la que señalaba que la UE sólo podía actuar en aquellas competencias de carácter exclusivo o compartidas (esto significa dejar fuera los artículos de la CDPD cuyas competencias de la UE se restringen a acciones de coordinación e impulso) hasta (2) la consideración de que la CDPD habilitaba a la UE a legislar en todos los ámbitos de la misma, más allá incluso de los Tratados. Entre esos dos extremos, el Comité de la Convención ha ayudado

¹⁶ http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=982&Lang=en



a dotar de una interpretación a las obligaciones que se derivan de la CDPD para la UE. El Comité de la Convención ha señalado que la UE tiene la obligación de actuar, de acuerdo a las competencias atribuidas por el Tratado de Funcionamiento de la UE (artículos 3, 4 y 6) y con la utilización de los instrumentos que puedan ser necesarios en el desarrollo de sus competencias exclusivas o compartidas e incluso en aquellas competencias de apoyo (artículo 6), en todo el articulado de la CDPD. Aplicando este principio, el Comité recomienda tomar acciones en todos y cada uno de los artículos de la CDPD (en este informe con excepción del 10, 22 y 26, lo que no significa que no pueda hacerlo en futuros informes) rechazando una posición restrictiva de las competencias de la UE de cara a la CDPD.

Aspectos positivos de la UE en la aplicación de la CDPD

El proceso de evaluación de la UE en relación a la CDPD ha permitido identificar áreas en las que la UE ha implementado la CDPD de manera muy positiva.

La UE es felicitada por el Comité por ser la primera organización de integración regional en ratificar la CDPD y destaca los siguientes elementos como los más positivos en el área de los derechos de las personas con discapacidad en Europa:

1. Los principios de no discriminación que figuran en el Carta de Derechos Fundamentales
2. Los avances que se han realizado en materia de instrumentos de política exterior y cómo la discapacidad ha sido reflejada en los mismos
3. La legislación sobre los Fondos Estructurales y de Inversión, como buena práctica en la inclusión de los principios de la CDPD

El Comité no ha señalado (por falta de espacio y porque generalmente pone más énfasis en los ámbitos de mejora) otros aspectos que el conjunto de los actores en el ámbito de la discapacidad habían destacado también de forma positiva, como la legislación en materia de empleo y no discriminación, la contratación pública, la legislación en materia de transporte o los avances en materia de accesibilidad.



Principales áreas de preocupación y recomendaciones a la UE

El esfuerzo analítico de la aplicación de la CDPD ha dado luz a los grandes retos que una década después de su adopción, y tras atravesar una dura crisis económica, social e institucional, en la que todavía se encuentra inmersa la UE, siguen pendientes de encontrar una respuesta adecuada. Destacan en esta lista la mejora de las condiciones de vida de las personas con discapacidad, la igualdad de derechos y la erradicación de las violaciones sistemáticas de algunos de sus derechos y sus libertades fundamentales.

Tras señalar los aspectos positivos de la UE, el Comité ayuda a analizar las vías de futuro a través de un análisis de las principales áreas de mejora en los derechos reconocidos por la CDPD:

1. Principios Generales (arts. del 1 al 4)
2. Derechos específicos (arts. del 5-30)
3. Obligaciones específicas (arts. del 31 al 33)
4. El cumplimiento específico de la UE de sus obligaciones como administración pública.

Principios generales (arts. 1-4)

La Comisión Europea en su informe de Estado Parte¹⁷ hace valer, en este grupo de artículos, la importancia de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020¹⁸ y el carácter global de la misma para abarcar los ámbitos que cubre la CDPD. Por otro lado también incide en el progreso que la Unión ha realizado tanto en Derechos Humanos a través de la Carta de Derechos Fundamentales y su integración en el tratado (con referencias específicas a las personas con discapacidad) así como los preceptos democráticos de participación y antidiscriminación consagrados en los tratados.

¹⁷ Informe sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) por la Unión Europea SWD(2014)182 final de 5.6.2014

¹⁸ COM(2010) 636 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401271644100&uri=CELEX:52010DC0636>



No obstante, el análisis del Comité en este ámbito señala que los principales desafíos –que afectan a la UE– en relación a los principios generales de la CDPD se pueden definir en tres áreas principales:

En primer lugar, la pasividad de la UE para ratificar el Protocolo facultativo, que impide a los ciudadanos europeos invocar la defensa de sus derechos y por tanto resta eficacia a las garantías de sus derechos.

El segundo elemento concierne a la aplicación de medidas transversales que garanticen una correcta transposición de la CDPD en la UE. En este ámbito en particular el Comité apoya con sus recomendaciones que la CDPD no es un mero marco de referencia si no que requiere la acción positiva por parte de la UE y en este sentido reclama a la UE llevar a cabo (1) una revisión transversal y comprensiva de toda la legislación de la UE para evaluar su grado de armonización con la CDPD y definir, posteriormente, una estrategia para alcanzar un alineamiento de la misma y; (2) aprovechar la evaluación intermedia para adaptar la Estrategia de Personas con Discapacidad 2010-2020 a los criterios de la CDPD.

Por último, el tercer área de mejora afecta a elementos clave de gobernanza y mejora regulatoria: se señala como insuficiente el sistema de consulta a las organizaciones de personas con discapacidad y se recomienda un mejor uso de algunos instrumentos regulatorios tales como las líneas directrices de evaluación de impacto y la declaración de competencias, ya que dicha declaración (que mencionábamos anteriormente) no se ajusta periódicamente a la evolución de la legislación Europea y no abarca todas la legislación que afecta a los derechos de las personas con discapacidad.

Derechos específicos (arts. 5 – 30)

Esta sección es la más detallada del diálogo constructivo entre las instituciones de la UE, el resto de actores y el Comité de la Convención.

La Comisión Europea, nuevamente en su informe, destaca el progreso en la legislación de anti-discriminación (la existente en empleo y ocupación¹⁹ y

¹⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401876783757&uri=CELEX:32000L0078>



la propuesta de directiva más allá del empleo²⁰), los grandes avances en materia de accesibilidad (transporte, normalización, diseño para todos, contratación pública, Agenda Digital, propuesta de Acta Europea de Accesibilidad, etc.). Por otro lado también presenta la fuerza de su instrumento financiero más destacado, los Fondos Estructurales y cómo han integrado de manera comprensiva los derechos de las personas con discapacidad. Destaca también sus avances en concienciación pública de los derechos de personas con discapacidad y hace referencia a la forma adecuada en la que los Tratados protegen determinados Derechos Fundamentales recogidos en la CDPD (en materias tales como acceso a la justicia, libertad y seguridad de la persona, integridad personal, derecho a la vida). En cierta manera la UE no ha desarrollado todo el potencial que posee en estos artículos y se refleja en su informe. Pero es especialmente interesante ver cómo la UE también toma la des-institucionalización como un problema mayor en Europa, lo cual hace entrever un compromiso político importante para luchar contra este fenómeno (muy ligado a las políticas sociales de los países Europeos).

La conclusión para este grupo de políticas reflejadas en estos artículos, es que la CDPD es un programa transversal que requiere tomar medidas en diversos ámbitos para llevar a cabo el cumplimiento de sus preceptos.

El Comité ha adoptado una aproximación a dichas obligaciones por parte de la UE bajo la perspectiva de que, independientemente de las competencias definidas por el Tratado, la UE tiene obligación de actuar en todo el articulado de la CDPD. Podemos agrupar las recomendaciones del Comité en los siguientes bloques:

1. La UE debe adoptar legislación en ámbitos clave para los Derechos de las personas con discapacidad:

El Comité recoge la frustración del movimiento de Personas con discapacidad sobre la no adopción de legislación en materia de antidiscriminación más

²⁰ COM(2008) 426 final. Disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401876828789&uri=CELEX:52008PC0426>



allá del empleo²¹, y solicita la adopción de la misma con urgencia, especificando las políticas que deben cubrirse con dicha legislación tales como protección social, atención médica, rehabilitación y habilitación, educación y provisión de bienes y servicios (alojamiento, transporte y seguros). En este sentido da un claro mensaje contra la visión más restrictiva que la Comisión Europea y el Consejo de la UE están adoptando durante la negociación de dicha propuesta.

La accesibilidad (art. 9) destaca como uno de los ámbitos de mejora y el Comité deja clara la necesidad de llegar más allá y apunta a la propuesta del Acta Europea de Accesibilidad²² como un paso necesario en ese camino. Aunque deja claro que requiere ser enmendada para ser más ambiciosa en el impacto que debe tener en Europa. En el ámbito de la salud (art. 25), también cree necesario enmendar la Directiva 2011/24 sobre los derechos de los pacientes.

Uno de los elementos más interesantes (considerando que Europa tiene fuertes políticas de protección social comparada con otras regiones) es la propuesta de creación de un mínimo de protección social europeo (“social protection floor”) para las personas con discapacidad, como mecanismo para luchar contra el efecto devastador que las medidas de austeridad han tenido en Europa para los niveles de vida de las personas con discapacidad (art. 28). Esta propuesta será un importante caballo de batalla en el futuro en la UE.

Por último, en este bloque de artículos, se puede destacar la necesidad de ratificar el Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, cuya ratificación se encuentra actualmente paralizada en el Consejo de la UE.

²¹ Propuesta de Directiva del Consejo 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/2008/0426 final.

²² Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, de 2.12.2015 COM(2015) 615 final



2. La UE debe mejorar la aplicación de la legislación existente y reformar las políticas europeas transversales:

Uno de los grandes problemas de la UE es la disparidad en la aplicación de la legislación de la UE en el nivel nacional. Esto ocurre en materias tales como el paquete de medidas relativas a los derechos de pasajeros con movilidad reducida o en 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. Las diferencias en los derechos de las personas con discapacidad dependiendo de país donde residan son todavía muy importantes.

En cuanto a los derechos de grupos específicos, es necesario asumir el gran reto del introducir los derechos específicos de las mujeres y los niños y niñas con discapacidad en las estrategias marco de género e infancia o de manera también dramática en las políticas dirigidas a refugiados (donde todavía la retención restrictiva es un hecho para las personas con discapacidad). La ausencia de estos colectivos en estrategias globales se traduce en la falta de medidas específicas en el ámbito de la violencia, el tráfico de personas, la desinstitucionalización, la educación inclusiva, o la obtención de datos específicos sobre su situación y la de sus familias.

La reforma de las estrategias marco de los colectivos específicos es importante pero es extremadamente urgente que esto se haga también en las grandes estrategias macroeconómicas de la UE. Es necesario que la CDPD forme parte de la agenda política global de la UE y de sus instrumentos de gobernanza. Quizás el Comité ha sido menos contundente en señalar esta necesidad. Por ejemplo, el Comité de la Convención solamente hace una referencia específica a la Agenda Europa 2020 en el área de la Educación, demandando la posibilidad de que se establezcan indicadores de seguimiento en dicha agenda para que puedan alcanzarse los objetivos que establece. Habría sido importante que el Comité hubiera dado indicaciones similares en el área de pobreza y empleo, pero no ha sido así aunque del contexto de esta Observación Final pueda desprenderse.



El análisis de la situación de las personas con discapacidad en Europa destaca también que una de las libertades fundamentales de la UE, la libertad de movimiento de los ciudadanos Europeos, no es una realidad para los ciudadanos europeos con discapacidad. Para ellos, su movimiento se ve limitado por las barreras (principalmente en materia de protección social) de carácter legal y de políticas públicas de los países, que no son favorables a la libre circulación. El Comité de la Convención apunta hacia la portabilidad de derechos de las personas con discapacidad como requisito básico de la CDPD si se busca libertad de movimiento, tal y como establece el artículo 18 de la CDPD.

El Comité de la Convención también realiza un análisis muy detallado sobre cuál debe ser el marco de actuación de la UE en el caso de situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (art. 11); en este sentido reclama desde cuestiones específicas relativas a la accesibilidad del número de emergencias 112 hasta cómo debe ser el futuro marco de gestión de desastres naturales incluyendo a las personas con discapacidad (siguiendo los criterios del marco de reducción de riesgos naturales de Sendai 2015-2030, aumentando la capacidad de las instituciones y los países miembros en materia de ayuda humanitaria y creando un marco de seguimiento y control).

En el Área del Empleo (art. 27), el Comité de la Convención no llegó todo lo lejos que se esperaba, limitándose a aconsejar que se realice un esfuerzo para mejorar las cifras de empleo en la UE, apuntando a formación de carácter europeo para los Estados Parte.

3. Recomendaciones dirigidas a facilitar el acompañamiento de la UE a mejorar las legislaciones y políticas de los países de la UE:

El Comité es consciente de lo limitado de las competencias de UE en materia de igualdad ante la ley (art. 12), acceso a la justicia (art. 13) libertad y seguridad (art. 14) y tortura, trato cruel, inhumano (art.15) explotación, violencia y abuso (art. 16) y protección de la integridad de la persona (art.17). Pero también señala su preocupación por el elevado grado de vulneración de estos derechos fundamentales en la UE. Destaca en sus observaciones la situación de



las personas con discapacidad en sistemas institucionalizados, sufriendo en algunos casos explotación y abusos (un elemento, desgraciadamente, muy común en las recomendaciones del Comité de la Convención a los países europeos), la limitación de capacidad legal (donde no pueden ejercer derechos tan básicos como el voto, la contratación de servicios bancarios, etc.), el drama de la esterilización forzosa de mujeres con discapacidad y el tratamiento médico involuntario, entre otras muchas violaciones de derechos. Por tanto, se hace necesario que en estos ámbitos exista una acción europea que pueda acompañar a los países miembros para mejorar sus políticas públicas y legislación en estas materias y en ese sentido se recomienda promover investigación, comparativas, recogida de datos sobre estas situaciones y crear mecanismos de intercambio de buenas prácticas.

4. Los instrumentos financieros europeos como elementos fundamentales en la aplicación de la CDPD.

Uno de los instrumentos movilizados para alcanzar los Derechos fundamentales de las Personas con Discapacidad en Europa han sido los Fondos Estructurales, que en España tienen una gran incidencia en la promoción del empleo y la inclusión de personas con discapacidad²³.

Es importante llegar más allá en el actual periodo de programación de los Fondos Estructurales y de Inversión de una manera que sean coherentes con la CDPD. El Comité ya señala en su introducción que esta legislación es una buena práctica, y a lo largo de sus recomendaciones apunta a este instrumento como el más importante en la lucha contra uno de los problemas fundamentales de la UE, que es la Institucionalización de personas con discapacidad. El mismo principio debe aplicarse en materia de los instrumentos externos de financiación Europea destinados a la pre-adhesión política de vecindad, cooperación al desarrollo, y otros objetivos de política internacional de la UE.

²³Un ejemplo es la creación de programas de empleo como X Talento <https://www.portalento.es/Paginas/Inicio.aspx>



Obligaciones específicas (arts. 31-33)

El informe de la Comisión destaca los avances de la Unión en recogida de estadísticas a través de módulos ad hoc de la Encuesta de población activa Europa o como colabora con la red de expertos europeos en discapacidad (ANED) en la elaboración de instrumentos útiles de recogida de información, merece la pena destacar el proyecto DOTCOM que recoge toda la legislación europea existente en todo el articulado de la CDPD (un trabajo verdaderamente ingente). La Comisión también presenta la inclusión de las personas con discapacidad en sus instrumentos de acción exterior como uno de sus factores positivos más importantes, ya que las personas con discapacidad son un grupo objetivo de las mismas.

La conclusión es, no obstante, que la UE es un gigante de políticas públicas pero con un gran déficit de información agregada en cuanto a la situación de las personas con discapacidad en la UE, en la última década de aplicación de la CDPD en la UE sólo ha existido una estadística sobre población activa, publicada en 2015 sobre datos recogidos en 2011²⁴ (la anterior data de antes de la CDPD, preparada con motivo del año Europeo). Esta es la razón por la que el Comité de la Convención también hace una reflexión sobre la incapacidad estadística de la UE (art. 31) y reclama la creación de indicadores de discapacidad basados en los principios de Derechos Humanos. Eurostat ha intentado acercarse a estos principios a través de la utilización de los indicadores GALI (Global Activity Limitation Indicator), pero todavía está lejos de lograrlo.

El segundo elemento en el que la UE es también un actor importante es la Ayuda Oficial al Desarrollo. La UE es el mayor donante internacional del mundo (mas del 50% de este tipo de ayuda proviene de la UE y sus países miembro), y sin embargo a día de hoy la discapacidad no ha explotado este inmenso potencial. El gran salto del impacto de la UE en el desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad en el mundo vendrá de la mano de la

²⁴<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/3888793/6802087/KS-TC-14-007-EN-N.pdf/5c364add-6670-4ac9-87c7-9b8838473a7b>



aplicación de la Agenda 2030 tanto dentro como fuera de las fronteras de la UE (esta agenda ha supuesto una auténtica revolución en la consideración de la discapacidad en las políticas de desarrollo).

El cumplimiento de la UE de sus obligaciones con la CDPD como Administración Pública

Uno de los elementos en los que la UE ha sido muy lenta en la última década, considerando que no necesita la negociación con los estados miembro, es la modernización de sus políticas de RRHH adaptadas a la CDPD. Sigue siendo un gran déficit el escaso número de trabajadores con discapacidad en la UE (y la falta de información sobre el número) y la ausencia de medidas de inclusión activa tanto para las personas con discapacidad como para los trabajadores familiares de personas con discapacidad (art. 5). El Comité ayuda a poner el peso de este avance en la necesaria reforma del Régimen común de seguro de enfermedad de las Instituciones Europeas para que integre también las necesidades de salud específicas de las personas con discapacidad (art. 25), y por otro lado reclama que se aumente el número de empleados con discapacidad en la UE (art. 27) facilitando medidas de apoyo al acceso.

Una de las discriminaciones flagrantes en la UE es el tratamiento que reciben los alumnos con discapacidad en la Escuela Europea, donde son o bien rechazados o bien no reciben los ajustes razonables necesarios para desarrollar sus estudios. La situación es muy crítica y el cambio de sus mecanismos educativos es muy necesario para proteger la igualdad derechos y una educación inclusiva.

4. CONCLUSIONES

La UE debe desarrollar a día de hoy un plan transversal para dar respuesta a las recomendaciones del Comité de la Convención. Es importante considerar que la actual Estrategia Europea de Personas con discapacidad 2010-2020 es claramente insuficiente para dar esa respuesta. En primer lugar porque carece de recursos y en segundo lugar porque está dirigida hacia, y liderada por, una



sola institución, la Comisión Europea. El potencial de cambio y de transformación de la CDPD es profundo pero todavía no ha desarrollado todas las posibilidades que puede desplegar.

El reto es pues adoptar una estrategia interinstitucional que implique a todas las instituciones y órganos consultivos de la UE. De momento, para diciembre de 2016, la UE debe presentar las medidas para poner en marcha las recomendaciones en relación con la declaración de competencias, el Acta Europea de Accesibilidad y el mecanismo de seguimiento. Las últimas indicaciones que ha dado la Comisión Europea reflejan que la declaración de competencias puede continuar siendo un “mapeo” de medidas europeas y que el Acta sigue su curso legislativo de negociación entre instituciones.

El gran mensaje que nos ha dado el Comité de la Convención es que la CDPD no es una mera declaración de derechos y no es un acuerdo destinado a poner luz sobre una serie de derechos olvidados. Si no que es un auténtico plan de acción que requiere de la movilización de recursos de políticas, legislativos y financieros por parte de la UE. Y que no deben activarse de manera pasiva o reactiva, si no que la UE debe iniciarlos de forma proactiva.

El Comité de la Convención ha ayudado a crear la lista de asuntos políticos prioritarios para la UE en materias tales como la inclusión social, creación de un mínimo de protección social para persona con discapacidad, empleo, no-discriminación, fondos estructurales, desinstitucionalización, desarrollo, estadística, cambios internos en las instituciones, estos con sólo unos cuantos entre la larga lista de asuntos que se han revisado.

Uno de los grandes retos es garantizar el compromiso político de la UE hacia la CDPD tras la revisión del Comité. La revisión ha sido la gran oportunidad de sensibilización de las instituciones europeas en sus niveles administrativos sobre el impacto de la CDPD, pero queda aún el reto de escalar hacia los líderes políticos esta importancia.



Las principales políticas marco como Europa 2020 o las perspectivas financieras, con sus mecanismos de gobernanza, tales como el semestre europeo, no han integrado a día de hoy los preceptos de la CDPD y la estrategia Europea de Discapacidad es muy débil para asumir por si sola la aplicación de la CDPD. El gran reto de la discapacidad para la próxima década es cómo entrar en las grandes estrategias políticas que movilicen acciones concretas (políticas y legislativas) a favor de los derechos de las personas con discapacidad.

La Unión Europea sufre un alejamiento de la sociedad, su falta de conexión requiere medidas concretas que la acerquen a los ciudadanos y la CDPD es una oportunidad y un mecanismo concreto para dar ese paso hacia un 16% de la población europea, cuyo nivel de vida ha empeorado por los efectos de la crisis económica y social.

La parte más difícil del camino comienza ahora.

III. LA INTERSECCIONALIDAD DE GÉNERO Y DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Isabel Caballero Pérez

Coordinadora de la Fundación CERMI Mujeres

SUMARIO: 1. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A INTERSECCIONALIDAD? –2. HACIENDO MEMORIA. –3. LA INTERSECCIONALIDAD DESDE EL ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD. –4. LA APLICACIÓN DE LA INTERSECCIONALIDAD EN EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. –5. CONCLUSIONES.

1. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO NOS REFERIMOS A INTERSECCIONALIDAD?

En los últimos años la teoría de la interseccionalidad aparece incluida en el marco teórico de un buen número de propuestas feministas realizadas no sola-



mente desde la academia, sino también en textos legales, políticas públicas contra la discriminación, así como en iniciativas impulsadas desde la sociedad civil.

Precisamente el objetivo de este capítulo se centra, por un lado, en exponer cómo surge esta teoría en el contexto del feminismo afroamericano y rastrear brevemente sus antecedentes históricos, para llegar a establecer una conexión con otras reivindicaciones surgidas a partir de las experiencias de otras mujeres, también situadas en los márgenes, como son concretamente, las mujeres con discapacidad.

En la segunda parte de este escrito, se incluye un repaso somero a los hitos judiciales más importantes que han permitido realizar una aplicación del derecho a la luz de esta teoría.

Aun cuando no se trata de una cuestión pacífica y el debate en torno a su alcance sigue siendo objeto de discusión, como introducción a la cuestión a quien se acerque a estas páginas nada mejor que acudir a un ejemplo práctico, como es el análisis de la sentencia dictada por los tribunales norteamericanos en el *Caso DeGraffenreid c. General Motors*.

En el año 1976 cinco mujeres afroamericanas demandaron a la empresa General Motors por aplicar una política de despidos basada en el criterio objetivo de la antigüedad (“la última persona contratada, la primera despedida”). Si bien en principio parecía ser una regla neutra, sin embargo, su aplicación develó cómo funcionaban los mecanismos de discriminación sobre ciertos grupos cuando se combinan diferentes dimensiones de exclusión. Este fue precisamente el caso de las mujeres afroamericanas.

General Motors venía contratando mujeres incluso antes de que se promulgara en los EE.UU la *Ley de Derechos Civiles*, en el año 1964, norma que contó con un amplio apoyo político y social. En la misma línea, la empresa había puesto en marcha una política de contratación de personas afrodescendientes, en cumplimiento del derecho antidiscriminatorio vigente en relación a la igualdad de sexo y a la igualdad de raza/etnia.



Sin embargo, las contrataciones de trabajadoras beneficiaron en primera instancia a las mujeres blancas, mientras que fueron los trabajadores negros varones los primeros en acceder a un empleo en la empresa. Era un hecho comprobado que las personas contratadas en los últimos años habían sido precisamente las mujeres negras. Por lo tanto, el pretendido criterio objetivo de la antigüedad en la empresa aparecía como una falacia, puesto que no tomaba en consideración las situaciones de discriminación interseccional (por razón de sexo y raza) que afectaban negativamente a las mujeres afro.

A pesar de la claridad de dicha argumentación, los tribunales norteamericanos no reconocieron discriminación por razón de sexo en la política de despidos de General Motors, ya que la normativa antidiscriminatoria había sido “impecablemente” cumplida por la empresa. Por otro lado, la posible discriminación racial fue asimismo rechazada por el tribunal, debido a que las demandantes no habían presentado las demandas como grupo de “trabajadores afrodescendientes”, sino concretamente, como “mujeres afrodescendientes”. Se entendía que no esa posible reconocer en vía judicial un “super-remedio” de nuevo cuño que amparase solamente las pretensiones específicas de las mujeres negras en este ámbito.

Esta conocida sentencia fue el punto de partida utilizado por la jurista norteamericana Kimberlé W. CRENSHAW para elaborar la teoría de la interseccionalidad, poniendo en evidencia las fisuras del propio derecho antidiscriminatorio, a través de las cuales se filtran otras situaciones de discriminación que se producen en las intersecciones y que, sin ser nuevas, generan exclusión.

Según CRENSHAW, la interseccionalidad significa que género, raza y clase interactúan y definen conjuntamente la situación de desventaja social de las mujeres afroamericanas (análisis original). Sostiene esta autora, que las mujeres negras están excluidas de la teoría feminista y del discurso de la política anti-racista porque ambos se basan en un conjunto de experiencias limitadas que no siempre refleja la interacción de raza y género. Estos problemas de exclusión no pueden resolverse simplemente mediante la inclusión de las mujeres negras dentro de una estructura analítica ya establecida.



Debido a que la experiencia interseccional es mayor que la suma del racismo y el sexismo, cualquier análisis que no tome en consideración la interseccionalidad, no servirá para abordar la manera particular en que las mujeres negras se encuentran subordinadas. De esta manera, para que la teoría feminista y el discurso de la política antirracista puedan abrazar las experiencias y preocupaciones de las mujeres negras, es necesario repensar y refundar todo el marco que se ha utilizado como base para la traducción de "experiencia de las mujeres " o "experiencia negra " en demandas concretas sobre políticas¹.

En su análisis CRENSHAW contrasta la multidimensionalidad de la experiencia de las mujeres negras con el análisis de un solo eje que distorsiona estas experiencias. Esta yuxtaposición no solo revela cómo estas mujeres desaparecen de la teoría, sino que también ilustra cómo este marco arrastra sus propias limitaciones teóricas, socavando así los esfuerzos para ampliar los análisis feministas y antirracistas².

Esto significa que las mujeres negras, (y por extensión las mujeres que forman parte de cualquier otro grupo cuya realidad se encuentre marcada por un eje opresión concreto, como puede ser la discapacidad), solo estarán protegidas en la medida en que sus experiencias coincidan con las experiencias de cualquiera de los dos grupos. Allí donde éstas sean distintas, la protección que puede esperarse es muy limitada.

De esta manera, las mujeres negras a veces experimentan la discriminación de manera similar a como la experimentan las mujeres blancas y otras veces comparten experiencias muy parecidas con los hombres negros. También puede ocurrir que sean víctimas de doble discriminación, es decir, que sufran el resultado de los efectos combinados de las prácticas discriminatorias por motivos de raza y género. Otras experiencias vienen marcadas por el hecho de ser mujeres negras, que no es lo mismo que la mera suma de discriminación racial y sexual.

¹ CRENSHAW, Kimberlé W. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*. University of Chicago legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8, p. 140

<http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

² Ibid. pp. 139-140



En pocas palabras CRENSHAW explica claramente la diferencia que existe entre la “discriminación doble” (o múltiple) que se caracteriza por ser aditiva (suma de discriminaciones) y la “discriminación interseccional” que se produce cuando se interconectan diferentes ejes de opresión, produciendo situaciones de exclusión diferentes.

Las formas de pensar la discriminación dominantes suponen que quien discrimina lo hace únicamente dentro de una categoría concreta por lo que cualquier variación de relevancia que tenga lugar en este grupo supone que, o bien el grupo no está siendo discriminado, o que existen intereses conflictivos que pueden neutralizar cualquier intento de llevar una demanda común. Una persona generalmente no puede combinar estas categorías. Análogamente, los remedios legales reconocidos para enfrentar las discriminaciones tampoco prevén la interconexión de las diferentes categorías de discriminación, como bien ilustra el caso DeGraffenreid c. General Motors.

Por lo tanto, cuando se habla de doble, triple o cuádruple discriminación, lo que se está realizando es un ejercicio de mera descripción de las desigualdades, ignorando que cada uno de estos ejes de desigualdad se construye de manera relacional, es decir, interconectadamente. Como ya señalaba la teórica feminista Marilyn FRYE: *“Si se mira muy de cerca uno de los barrotes de una jaula de pájaros, no se pueden ver los demás barrotes. Aunque se miren los barrotes de arriba a abajo en toda su longitud no será comprensible por qué el pájaro no puede volar libre. No hay ninguna propiedad física del barrote individualmente considerado que pueda revelar cómo un pájaro puede ser desinhibido o dañado, salvo de forma muy accidental. Es solo cuando se da un paso atrás y se dejan de mirar los barrotes uno a uno para adoptar una visión macroscópica, que se puede comprender por qué el pájaro no puede volar libre”*³.

³ Citado en Feminismo Multicéntrico. Repensando el feminismo desde los márgenes. María Caterina LA BARBERA en *Experiencias Jurídicas. Identidades Femeninas*. RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía, BRAVO BOSCH, M^a José. (Ed.) Dykinson, 2011, p. 254



Esta es una imagen muy poderosa que sirve para entender la dimensión relacional a la que nos referimos, porque es precisamente en los intersticios donde se encuentran esas realidades complejas, ricas, llenas de matices, pero también opacas. Las intersecciones demuestran que no es posible abordar cada eje como un simple barrote de jaula, puesto que las desigualdades no operan como vías en paralelo sin posibilidad de encuentro.

En el ámbito de la discapacidad, aunque no de manera exclusiva, se ha puesto el acento en percibir las situaciones de opresión como un abstracto sumatorio donde las discriminaciones de género, discapacidad, sexualidad, origen étnico y otras han sido concebidas en forma de cadena cuyos eslabones se suceden sin posibilidad de solapamientos. De esta manera cada sujeto actúa en cada momento en función de una identidad única, como si se tratase de un compartimento cerrado que no puede ser permeado por ninguna otra identidad. Así, las situaciones de discriminación pueden ser adicionadas unas a otras multiplicándose sin solución de continuidad hasta donde llegue la imaginación.

Hablar de doble, triple o múltiple discriminación sería como asumir que estamos inmersos todas y todos en una gran pieza teatral donde un mismo sujeto interpreta todos los personajes de la obra cambiando constantemente de indumentaria e interpellando a interlocutores insertos en la misma e irreal vorágine, pero sin posibilidad de interlocución real⁴.

Kimberlé CRENSHAW distingue además entre diferentes tipos de interseccionalidad. La interseccionalidad estructural, interseccionalidad política e interseccionalidad representativa.

- **Interseccionalidad estructural:** Hace alusión a la experiencia concreta de discriminación que experimenta una persona cuando inciden sobre ella diferentes ejes de opresión que se interconectan, lo que provoca una limitación de sus oportunidades económicas, políticas y/o sociales.

⁴ CABALLERO PÉREZ, Isabel. Interseccionalidad en *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad - Manual volumen II*. CERMI. Ediciones CINCA, Madrid, 2013, p. 29



- **Interseccionalidad política:** Son las estrategias políticas puestas en marcha por las instituciones y los movimientos sociales para dar respuesta a las situaciones de desigualdad que la interconexión de diferentes ejes de opresión produce sobre las personas. Se asume que dichas estrategias no pueden concebir las causas de la desigualdad como fenómenos compartimentados, donde el género, la clase, la étnica o la discapacidad, aparezcan como dimensiones que avanzan en paralelo, jerarquizando en última instancia las desigualdades.
- **Interseccionalidad representativa:** donde el análisis se centra en la imagen de desventaja y exclusión de los sujetos subordinados construida a través de los operadores públicos (autoridades públicas, medios de comunicación, etc.)⁵.

2. HACIENDO MEMORIA.

La relación entre la discriminación de género y la discriminación racial no cobra carta de naturaleza con el caso DeGraffenreid c. General Motors y la teoría de la interseccionalidad. CRENSHAW no fue la primera voz que expuso las intrincadas interacciones que se producen entre los diversos sistemas de subordinación basados en el género, la etnia, la orientación sexual, la discapacidad o la religión y que generan situaciones de desigualdad. Como señala Avtar BRAH “*aunque el concepto de interseccionalidad es reciente, los procesos de interseccionalidad han operado desde hace mucho tiempo*”⁶.

Ya en la década de los setenta del siglo XX la Declaración Feminista del grupo *Combahee River Collective*, publicada en el año 1977, hacía alusión a

⁵ CRENSHAW, Kimberlé W.. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*. Stanford Law Review. Vol. 43 no. 6, 1991.

http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article__Mapping_the_Margins_by_Kimberle_Crenshaw.pdf

⁶ BRAH, Avtar. Pensando en y a través de la interseccionalidad en La Interseccionalidad en debate. Actas del Congreso Internacional “Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior” p. 14

http://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/Interseccionalidaddebate_misealweb-1.pdf



la simultaneidad en la que operan las opresiones de clase, género, raza y sexualidad, afirmando así que, tanto las discriminaciones sufridas por las personas, como las estrategias de resistencia y protesta ensayadas por ellas, se encuentran enraizadas en las interrelaciones de todas estas formas de *discriminación*⁷.

The Combahee River Collective fue un grupo feminista creado en Boston por mujeres afroamericanas, que reivindicó una política que surgía de las propias experiencias materiales objetivas de las mujeres negras. En este sentido, la Declaración señala:

“Las feministas negras y muchas mujeres negras que no se definen como feministas han experimentado la opresión sexual como un factor constante en el día a día. Desde la infancia las niñas nos dimos cuenta de que éramos diferentes a los niños y recibíamos un trato distinto. Por ejemplo, se nos decía que nos callásemos, con el fin de de ser unas "damas" y hacernos, a su vez, menos criticables a los ojos de la gente blanca. A medida que fuimos creciendo nos dimos cuenta de la amenaza de abuso físico y sexual por parte de los hombres. Sin embargo, no teníamos forma de conceptualizar lo que era tan evidente para nosotras, lo que sabíamos que realmente estaba sucediendo⁸.”

La interconexión, en este caso, de dos formas de opresión que encuentran su raíz en los aparatos ideológicos construidos en torno a la raza y el género, se unen a otras formas de discriminación relacionadas con la orientación sexual o con la clase social. Pero ni siquiera esta declaración inaugura la preocupación por abordar las situaciones de discriminación que se generan en las intersecciones. Sin ánimo de exhaustividad se señalan a continuación algunos hitos importantes en este itinerario que permiten iluminar el camino recorrido hasta ahora.

⁷ PLATERO, Raquel (Lucas) (Ed.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Edicions Bellatera, p. 32.

⁸ COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. *The Combahee River Collective Statement*. Revista herramienta. <http://www.herramienta.com.ar/manifiesto-colectiva-del-rio-combahee>



Las revoluciones burguesas de 1830 y 1848 habían puesto en jaque al poder absolutista y realizado una profunda crítica a la limitación de los derechos que sufrían los siervos y campesinos, privados del derecho de propiedad o del derecho a ejercer ciertas profesiones. La reivindicación de la libertad informaba las luchas sociales no solo en Europa sino también en América. De hecho, en Estados Unidos el movimiento sufragista estuvo muy ligado al que abogaba por la abolición de la esclavitud.

En el año 1837 tuvo lugar el primer congreso feminista y antiesclavista en Estados Unidos. Activistas como Sarah Grimké en sus *“Cartas sobre la igualdad de los sexos y la situación de la mujer”* señalaba que:

“Me regocijo porque estoy convencida de que a los derechos de la mujer, lo mismo que a los derechos de los esclavos, les bastará con ser analizados para ser comprendidos y defendidos, incluso por algunos de los que ahora tratan de asfixiar los irreprimibles deseos de libertad espiritual y mental que se agitan en el corazón de muchas mujeres y que apenas se atreven a describir sus sentimientos”⁹.

Una década después, en el año 1848, aparece la Declaración de los Sentimientos o Declaración de Séneca Falls, en el marco de la primera Convención sobre los derechos de las mujeres, celebrada en Nueva York. En este foro se exigió la igualdad de derechos entre mujeres y hombres (aunque hacer alusión, por ejemplo a las mujeres negras), afirmando:

“Que todas las leyes que impidan que la mujer ocupe en la sociedad la posición que su conciencia le dicte, o que la sitúen en una posición inferior a la del hombre, son contrarias al gran precepto de la naturaleza y, por lo tanto, no tienen fuerza ni autoridad”¹⁰.

⁹ Citado en MIYARES, Alicia. 1948: El Manifiesto de “Séneca Falls” en la *Revista Leviatán*, nº 75, 1999, pp. 135-158.

¹⁰ BOSCH, Esperanza; FERRER, Victòria; RIERA, Teresa y ALBERDI, Rosamaría. *Feminisme a les aules. Teoria i praxi dels estudis de gènere. Feminismo en las aulas. Teoría y praxis de los estudios de género*. Universitat de les Illes Balears, 2003, p. 70



Cuatro años después, en 1852, aparece el que es considerado el texto fundacional del feminismo negro norteamericano, el discurso titulado *¿Acaso no soy una mujer?*, pronunciado por la esclava liberada Sojourner TRUTH en la Convención de los derechos de la Mujer celebrada en Akron (Ohio).

“Ese hombre de ahí dice que hay que ayudar a las mujeres a subir a los carruajes, levantarlas para que atraviesen los pozos en la calle y que las mujeres deben tener el mejor lugar en todas partes. A mí nadie me ofrece ningún mejor lugar. ¿Y acaso no soy una mujer? Mírenme, miren mi brazo. He arado, he plantado y he recolectado la siembra en los graneros. Y ningún hombre podía superarme. ¿Y acaso no soy una mujer? Podía trabajar tanto y comer tanto –cuando podía conseguir comida– como un hombre ¡Y soportar el látigo también! Y acaso no soy una mujer. He parido hijos y visto a la mayoría de ellos ser vendidos como esclavos, y cuando lloré la pena de una madre nadie más que Jesús me escuchó. ¿Y acaso no soy una mujer?”¹¹.

En este texto puede rastrearse el carácter contra-hegemónico de este movimiento, plasmado en la propia oralidad del relato frente a la racionalidad de la escritura de los textos fundacionales del feminismo blanco. TRUTH forma parte del grupo de intelectuales negras que, sin contar con obra escrita, conectaron con los intereses y las luchas de las mujeres negras. Además, su discurso está elaborado desde la colonialidad, en lucha contra la opresión racista, machista y de clase, elaborando así una profunda crítica al modelo hegemónico y supuestamente universal de mujer, donde las mujeres afro-descendientes aparecen como “no-mujeres”¹².

3. LA INTERSECCIONALIDAD DESDE EL ENFOQUE DE LA DISCAPACIDAD.

La teoría de la interseccionalidad, como herramienta analítica, elaborada a partir de la experiencia del feminismo afroamericano en Estados Unidos, ha

¹¹ BELTRÁN, Elena; MAQUIEIRA, Virginia; ÁLVAREZ, Silvina, y SÁNCHEZ, Cristina, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, 2005, p. 46

¹² JABARDO, Mercedes (Ed.) *Feminismos Negros: Una Antología*. Traficantes de Sueños, 2012, p. 29.



resultado un hallazgo fundamental para las mujeres con discapacidad a la hora de construir un edificio teórico y una nueva praxis que conectan distintos ejes de opresión que hasta la fecha habían permanecido totalmente invisibilizados por la corriente hegemónica, tanto en el ámbito de la academia como en el del activismo feminista y en el de la discapacidad¹³.

Como viene siendo señalado, esta teoría ha permitido realizar una crítica a la noción de mujer, como concepto unívoco y hegemónico, donde el sujeto así designado se caracteriza por experimentar una única realidad uniforme y sin fisuras, sin posibilidad de que por éstas se filtre cualquier otra dimensión de su identidad real y compleja.

De hecho, el concepto de interseccionalidad surge precisamente de la reflexión crítica que se produce en torno a otro concepto también problemático, como es el de género. Ese modelo único de mujer que toma como referencia exclusiva a las mujeres blancas, heterosexuales y de clase media es contestado por otras muchas mujeres desde los márgenes, entre ellas las mujeres con discapacidad.

Cabría aquí introducir otra categoría, la de discapacidad, para ampliar, aunque no de manera completa, la mirada poliédrica que se pretende ofrecer en este capítulo y que integra las experiencias y reivindicaciones de las mujeres con discapacidad, heterogéneas y diversas siempre, pero nunca esencializadas.

Las categorías de discriminación que fundamentalmente han servido para cimentar la teoría de la interseccionalidad han sido las de género y etnia/raza, estableciéndose, asimismo, interconexiones con la clase social y la orientación sexual. La discapacidad es una *rara avis* en este contexto, que solo en los últimos años ha comenzado a estar presente en los análisis de la academia y en la praxis de muchas organizaciones sociales.

¹³ OP. Cit. *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad - Manual volumen II*, p. 20



Como señala PLATERO: “Si tuviéramos que definir qué es la “interseccionalidad” diríamos que se utiliza para señalar cómo diferentes fuentes estructurales de desigualdad mantienen relaciones recíprocas. Es un enfoque teórico que subraya que el género, la etnia, la clase, u orientación sexual, como otras categorías sociales, lejos de ser “naturales” o “biológicas” son construidas y están interrelacionadas. No se trata tanto de enumerar y hacer una lista inacabable de todas las desigualdades posibles, superponiendo una tras otra, como de estudiar aquellas manifestaciones e identidades que son determinantes en cada contexto y cómo son encarnadas por los sujetos para darles un significado que es temporal. El antes mencionado uso reiterativo del etcétera encierra una multiplicidad de situaciones interseccionales complejas que pueden estar invisibilizando cuestiones relevantes, sin las cuales, nuestra comprensión de los problemas sociales y las vivencias de las personas es sólo parcial.”¹⁴.

Ciertamente la utilización de ese “etcétera” sirve para comprimir otras situaciones de discriminación que al mismo tiempo que se “nombran”, se están “ocultando”, así como para cuestionar todo posicionamiento esencialista en relación con dichas categorías. Sobre esta cuestión Judith BUTLER nos recuerda que:

“Las teorías feministas de la identidad que exponen predicados de color, sexualidad, etnicidad, clase y capacidad física frecuentemente acaban con un tímido «etcétera» al final de la lista. A lo largo de ese camino horizontal de adjetivos, estas posiciones pugnan por incorporar un sujeto situado, pero permanentemente quedan incompletas. No obstante, este fracaso es instructivo: ¿qué impulso político puede desprenderse del «etcétera» desesperado que se manifiesta con tanta frecuencia al final de esas descripciones? Esto es un signo de cansancio, así como del procedimiento ilimitado de la significación en sí. Es el supplément, el

¹⁴ PLATERO, Raquel (Lucas) (Ed.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Edicions Bellaterra, 2012. .



exceso que obligatoriamente va asociado a todo empeño por redamar la identidad definitivamente. No obstante, este «etcétera» ilimitado se presenta como un nuevo punto de partida para las teorías políticas feministas”¹⁵.

Añadido a ese largo etcétera, es fundamental concebir la discapacidad como un constructo sociocultural que, fabricado por el poder a través de sus valores, su cultura, sus instituciones, sus discursos y sus prácticas, para así huir de falsos esencialismos, abriéndose líneas de fuga través de las cuales es posible analizar esa concepción monolítica como puede ocurrir con otras muchas categorías sociales¹⁶.

Además del machismo, el racismo, la xenofobia o la homofobia, se hace necesario incluir un nuevo “ismo/fobia”, que denote el conjunto de discursos y prácticas discriminatorias que se ejercen sobre una persona con discapacidad.

Aun cuando se puede afirmar que en el ámbito de la lucha por los derechos de las personas con discapacidad el paradigma vigente es precisamente el de los derechos humanos, sin embargo, siguen existiendo en la actualidad ciertas reminiscencias o revivals que recuerdan constantemente la historia de opresión sufrida por las mujeres y hombres con discapacidad, supervivientes de políticas y prácticas eugenésicas, paternalistas y médico-rehabilitadoras.

Sin duda, “*el grado de opresión disciplinaria sobre el cuerpo con discapacidad ha sido tan fuerte que todavía hoy nos resulta muy difícil ver y comprender que la discapacidad es también una construcción cultural*”¹⁷. La “disfobia” podría proponerse aquí como término enunciativo de todo ese conjunto de prácticas y discursos discriminatorios y opresivos contra las personas con discapa-

¹⁵ BUTLER Judith. *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*. Editorial Paidós, Barcelona, 2007, p. 279

¹⁶ Op. Cit. *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad - Manual volumen II*. p. 23-24

¹⁷ UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (UNIA). Seminario Cuerpo Impropio. Guía de modelos somatopolíticos y de sus posibles usos desviados. Dir. Beatriz PRECIADO. http://ayp.unia.es/index.php?option=com_content&task=view&id=703



cidad, que permanecen vigentes en el ideario colectivo y, en muchas ocasiones, cristalizado en ordenamientos jurídicos que contravienen los propios derechos humanos¹⁸.

La interconexión del género y la discapacidad y la reflexión en torno a la situaciones concretas de opresión que el machismo y la disforia producen sobre las mujeres con discapacidad, han formado parte del trabajo llevado a cabo precisamente por las mujeres que integran el movimiento social de la discapacidad en todo el mundo.

No es casual, que el primer Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad en Europa, adoptado por el Foro Europeo de la Discapacidad en 1997, apareciera en una década, la de los 90, en la que se produjo una importante eclosión del feminismo crítico desde los márgenes. Ya desde la Conferencia de Beijing de 1995 se venía hablando en el ámbito de la discapacidad de la transversalidad de género como una especie de mantra que debía permear la política pública de los gobiernos y la acción de las organizaciones sociales.

Tampoco es casual que la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas, aprobada en el año 2006, y en vigor en nuestro país desde el 2008, hable de “múltiples formas de discriminación” al referirse a las mujeres y niñas con discapacidad (art. 6 de la Convención).

Esta mirada sobre las “nuevas formas de discriminación” nace con una clara vocación de “interseccionalidad”, aun cuando solo se aluda concretamente a la “discriminación múltiple”, y viene a ser el resultado de las demandas de la sociedad civil organizada en torno a la discapacidad, y más concretamente, del feminismo surgido en el seno de este movimiento.

Por otro lado, la razón por la cual la teoría de la interseccionalidad ha tenido un gran impacto en la aproximación teórica y práctica realizada desde las or-

¹⁸ Se hablado también de “normalismo” entendido como categoría social de discriminación o eje de opresión sobre las personas con discapacidad, que asu vez se interrelaciona con otras categorías, dando lugar a situaciones concretas de exclusión. Op. Cit. *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad*. pp. 15-16



ganizaciones de derechos humanos de las mujeres con discapacidad se debe a las innegables coincidencias que existen entre las demandas y críticas expresadas por ambos movimientos.

Un buen ejemplo de ello ha sido apuntado por M^a Ángeles BARRÈRE UNZUETA y Dolores MORONDO TARAMUNDI al señalar que:

“Una de las quejas del feminismo negro era que el Movimiento de Liberación de la Mujer (WLM, en inglés) se centraba únicamente en el problema del aborto. Para la WLM la prohibición del –o la falta de acceso al– aborto era una instancia de la misoginia. Por su parte las Back Feminist veían en la esterilización forzosa una instancia del racismo. Y sobre esto se enfrentaban, sí, pero entre ellas. En este caso una perspectiva interseccional permitiría entender que el control patriarcal de la capacidad reproductora de las mujeres se expresa de forma diversa en los diversos grupos de mujeres: como prohibición de aborto entre las mujeres blancas de clase media (que constituían mayoritariamente el WLM); como esterilización forzosa entre las mujeres pobres, las nativas americanas o las discapacitadas (sic) (y por lo tanto no como experiencia exclusiva o específica de las mujeres negras); como fertilidad incontrolada en las mujeres de algunos grupos religiosos, etc.”¹⁹.

Las experiencias de la discriminación vividas por otros grupos de mujeres que no coinciden con el modelo hegemónico de mujer son retomadas y reivindicadas desde la interseccionalidad, provocando en muchos casos, incompreensión y resistencia por parte de los grupos dominantes.

Muchas de estas discriminaciones sufridas “en los márgenes” aúnan, asimismo, la experiencia de esas mujeres periféricas, como bien ejemplifica la denuncia de las esterilizaciones forzosas arriba señalada y que son compartidas

¹⁹BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores. Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho Antidiscriminatorio en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45. 2001, p. 33



precisamente por los grupos de mujeres en situación de mayor exclusión. En esta misma lucha también se encuentran las mujeres con discapacidad.

Otro ejemplo de reivindicación común lo constituye el problema generalizado de la violación. En este sentido, y citando nuevamente a CRENSHAW, parte del esfuerzo intelectual y político en torno a este tema ha implicado el desarrollo de una crítica histórica del papel que ha jugado la ley en el establecimiento de los límites de la sexualidad normativa y en la regulación de la conducta sexual de la mujer. Las normas que regulan el denominado “conocimiento carnal” (arcaico eufemismo legal que se refiere a las relaciones sexuales), así como las leyes que penan la violación, participan de este discurso, donde el objetivo perseguido no ha sido proteger a las mujeres de la intimidación coercitiva, sino proteger y mantener la castidad femenina. Aunque las feministas han criticado con razón este enfoque, caracterizar las normas referidas a la violación como un reflejo del control masculino sobre la sexualidad femenina es, para las mujeres negras, una cuenta simplificada y en última instancia, inadecuada.

Y esto es así, porque las leyes sobre violación generalmente no reflejan el control masculino sobre la sexualidad masculina, sino la regulación del varón blanco sobre sexualidad de las mujeres blancas. Históricamente no ha existido en absoluto ningún esfuerzo institucional dirigido a regular la castidad de las mujeres negras. Incluso algunos tribunales de ciertos estados habían llegado a formar a los jurados para que tomaran en consideración la diferencia que existía entre las mujeres blancas y las mujeres negras, ya que a éstas últimas no se les suponía castidad²⁰.

Si se traslada esta reflexión crítica al ámbito de las discriminaciones que sufren las mujeres con discapacidad, puede percibirse que existe también una experiencia diversa en relación a la violación, que está totalmente a travesada por los prejuicios y estereotipos acerca de las denominadas sexualidades “anó-

²⁰ CRENSHAW, Kimberlé W. Op. cit. *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist Politics*. p. 157



malas y desviadas” propios de un discurso y una praxis diseñados, en palabras de FOUCAULT²¹, para “anormales”.

Así, los casos de violación que se cometen contra mujeres con discapacidad, como ocurre con las mujeres afro-descendientes, son considerados un atentado contra un bien jurídico de menor valor, a partir de una ponderación que resulta de la aplicación de los mitos vigentes en el imaginario colectivo y que relacionan el cuerpo de las mujeres con discapacidad con “mercancías dañadas” o cuerpos imperfectos que pueden ser agredidos y mutilados.

El mito de la “*mercancía dañada*” está muy asociado con el concepto de deshumanización y fundamenta argumentos que pueden ser esgrimidos por un violador o agresor sexual a la hora de escoger una víctima que disminuya su grado y sentimiento de culpabilidad²².

4. LA APLICACIÓN DE LA INTERSECCIONALIDAD EN EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

Los tratados de derechos humanos participan de la tendencia a identificar y regular formas de discriminación basadas en ejes individuales, sin establecer conexión entre ellos. Basta revisar las definiciones sobre discriminación empleadas en cada una de las Convenciones internacionales para darse cuenta de lo alejadas que se encuentran de la teoría de la interseccionalidad.

Así, por ejemplo, ni la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*²³ (1966), ni la *Convención sobre*

²¹ Michel FOUCAULT utiliza el término decimonónico “anormales” para referirse al conjunto de personas consideradas peligrosas a partir de tres categorías fundamentales: Los denominados “monstruos”, definidos así por las leyes de la naturaleza y de las normas de la sociedad, los “incurables”, sobre los que recaen los dispositivos de disciplinamiento del cuerpo y los “onanistas”, objeto de reconducción en el nuevo modelo de la familia moderna. Los anormales. Curso de Collège de France (1974-1975). Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.

²² IGLESIAS GIL, Marita; JONEKEN, Anneli; MICKLER, Bärbel y KNUDSEN, J.S. Informe sobre Violencia y la Mujer con Discapacidad. Proyecto METIS, iniciativa DAPHNE de la Unión Europea, 1998. <http://www.independentliving.org/docs1/iglesiassetal1998sp.html>

²³ El artículo 1, párr. 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación



la *Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*²⁴ (1979) o la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989) incluyen en sus definiciones de discriminación la existencia de discriminación múltiple –mucho menos, interseccional– aunque hay que destacar la labor desarrollada por sus respectivos Comités a la hora de abundar en esta cuestión.

Solamente, y como ha ya sido apuntado en este capítulo, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006)²⁵, el tratado de derechos humanos más reciente de todos, reconoce en su Preámbulo que “*Preocupados 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.*”

Asimismo, el artículo 6, sobre las Mujeres con discapacidad, establece en su punto primero que: “*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.*”

Aunque no se trata aquí de realizar un repaso exhaustivo de cómo los Tratados internacionales contemplan la discriminación múltiple e interseccional

minación Racial define el concepto de la discriminación racial como sigue: “Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.” <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

²⁴ Artículo 1 de esta Convención establece que: “*A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.*” <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

²⁵ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf



en sus cuerpos normativos, y a través de su jurisprudencia, sin embargo, es una oportunidad para exponer en grandes líneas la postura receptiva manifestada oportunidad para revisar someramente de qué forma los órganos de tratados han abordado esta cuestión.

Este repaso comienza con el análisis de la *Observación General* N° 28, Comentarios generales, adoptados por el Comité de los Derechos Humanos sobre el artículo 3 (la igualdad de derechos entre hombres y mujeres). En esta *Observación* el Comité señala en su párrafo 30 que “*la discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Los Estados Partes deberán tener en cuenta la forma concreta en que algunos casos de discriminación por otros motivos afectan en particular a la mujer e incluir información acerca de las medidas adoptadas para contrarrestar esos efectos*²⁶.”

Otro ejemplo similar lo encontramos en la *Recomendación General* N° 18, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en la que se hizo hincapié en que las mujeres con discapacidad podían ser objeto de una doble discriminación debido a su género y a su discapacidad, y que eran consideradas un grupo vulnerable. De esta manera, se recomienda a los Estados Partes que incluyan en sus informes periódicos información sobre las mujeres con discapacidad y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular, incluidas las medidas especiales para que gocen de igualdad de oportunidades en materia de educación y de empleo, servicios de salud y seguridad social y asegurar que puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural²⁷.

²⁶ *Observación General* N° 28, *Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/I/Rev.7 at 207 (2000).*

²⁷ *Recomendación General* N° 18, *adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Décimo período de sesiones, 1991, U.N. Doc. HRI/GEN/I/Rev.1 at 83 (1994).* <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>



Asimismo, la *Recomendación General N° 27* de este mismo Comité sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos, expresa su preocupación “por las múltiples formas de discriminación que sufren las mujeres de edad y por el hecho de que sus derechos no se abordan sistemáticamente en los informes de los Estados partes”²⁸.

La *Recomendación General N° 25* del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, reconoce en su párrafo primero que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera: “*Existen circunstancias en que afecta únicamente o en primer lugar a las mujeres, o a las mujeres de distinta manera o en distinta medida que a los hombres. A menudo no se detecta si no se reconocen explícitamente las diferentes experiencias de unas u otros en la vida pública y privada.*”²⁹.

Además, señala que el principio del disfrute de los derechos humanos en pie de igualdad forma parte integrante de la prohibición de discriminar por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que figura en la Convención. Los "motivos" de la discriminación se amplían en la práctica con la noción de "interrelación", que permite al Comité abordar situaciones de doble o múltiple discriminación –como la discriminación por motivos de género o de religión– cuando la discriminación por este motivo parece estar interrelacionada con uno o varios de los motivos enumerados en el artículo 1 de la Convención.

La interseccionalidad en la Unión Europea

Como señalan Marina LOMBARDO y Mieke VERLOO, en su artículo, L³⁰ desde el artículo 19 del Tratado de Ámsterdam en adelante, y tomando a su vez como base el artículo 21 sobre No discriminación y el 26 acerca de la In-

²⁸ Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf?view=1>

²⁹ Recomendación General N° 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al artículo 6 de la Convención, 56º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 252 (2000). <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sgencom25.html>

³⁰ LOMBARDO, Marina y VERLOO, Mieke. *La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea.* http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/JeanMonnet/2012/lombardo_verloo.pdf



tegración de las personas con discapacidad de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la Unión Europea la igualdad tiene que ver con combatir la discriminación por motivos de sexo, origen racial y étnico, discapacidad, edad, religión y orientación sexual. Las diferencias en las vías de desarrollo, alcance de los instrumentos políticos y la exhaustividad con que se aplican a cada rama de desigualdad dentro de la política de la Unión ha llevado a estudiosas y estudiosos a hablar de una jerarquía de igualdad, en la cual se privilegiaría el género.

Sobre esta cuestión LA BARBERA sostiene que *“un recorrido de la evolución legislativa puede ilustrar el papel hegemónico del género en Europa y el cambio lento y gradual desde el enfoque unitario al múltiple y, muy recientemente, al interseccional. Mientras hasta el 2000 la discriminación de género ha sido abordada desde un enfoque unitario, en los últimos quince años el enfoque múltiple ha empezado a ser adoptado en la legislación y en la agenda política de la UE³¹.”*

Como ejemplos de esto basta señalar la **Directiva 2000/43/CE³²**, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en cuyo Considerando (14) reconoce que *“en la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de **discriminaciones múltiples**.”*

Asimismo, la **Directiva 2000/78/CE³³** 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 y cuyo propósito es garantizar que las personas

³¹ LA BARBERA, María Caterina. Interseccionalidad, un “concepto viajero”: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea Volumen 4, núm. 8, enero-abril 2016, p. 115

³² Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 180 L https://www.boe.es/diario_boe/xml.php?id=DOUE-L-2000-81307

³³ 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 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>



con religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual determinadas no sufran discriminación sino que disfruten de igualdad de trato en el entorno de trabajo, establece en su Considerando (3) que *“en la aplicación del principio de igualdad de trato, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación de las desigualdades y el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de **discriminaciones múltiples.**”*

Otro importante paso señalado por LA BARBERA en el reconocimiento y la aplicación de las discriminaciones interseccionales han sido las Resoluciones no vinculantes emitidas por el Parlamento Europeo en relación a determinados grupos de mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad, como es precisamente, el grupo formado por las mujeres con discapacidad.

Así, en el año 2013 el Parlamento Europeo aprobó una Resolución cuyo Considerando (L) reconoce *“que las mujeres y niñas con discapacidad están expuestas a una **discriminación múltiple** por las desigualdades de género y por motivos de edad, religión, origen étnico, conducta social y cultural y estereotipos de discapacidad que deben abordarse; que las mujeres con discapacidad sufren a menudo discriminación con respecto a los hombres con discapacidad a la hora de acceder al empleo y la educación; que la Comisión y los Estados miembros pueden luchar contra este fenómeno integrando la perspectiva de género en todos los ámbitos pertinentes de la política en materia de discapacidad”*.

En la misma línea, la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género incluye entre las Disposiciones generales en materia de no discriminación que la Comisión, los Estados miembros y las agencias competentes deben prestar una atención particular a la discriminación múltiple y a la violencia que, por motivos tanto de orientación sexual como de identidad de género, experimentan las lesbianas, y también elaborar y aplicar políticas de no discriminación en consecuencia³⁴.

³⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI))



También la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres, recoge entre sus considerandos que: *“las mujeres pueden tener necesidades especiales y ser más vulnerables a discriminaciones múltiples, debido a factores como la raza, la etnia, la religión o las creencias, el estado civil, la vivienda, el estatuto de migrante, la edad, la discapacidad, la clase, la orientación y la identidad de género³⁵.”*

Por su parte la *Resolución sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea* del año 2011 incluye en su texto alusiones a las discriminaciones múltiples, al considerar que *“muchas mujeres, como las mujeres con discapacidad, las mujeres con hijos y con personas de edad avanzada y discapacitadas a cargo, las mujeres de minorías étnicas y, en particular, las mujeres romanes y las inmigrantes, sufren una discriminación múltiple y multisectorial y que son más vulnerables a la exclusión social, a la pobreza y a violaciones extremas de los derechos humanos.”*

La Resolución además pide a los organismos nacionales, regionales y locales competentes en materia de igualdad que introduzcan enfoques integrados para mejorar su respuesta frente a los casos de discriminación múltiple y la gestión de los mismos; insiste, también, en que estos organismos ofrezcan a los jueces, juristas y al personal en general una formación que les permita identificar, prevenir y gestionar las situaciones de discriminación múltiple y que introduzcan enfoques integrados para mejorar su respuesta frente a los casos de discriminación múltiple y la gestión de los mismos; insiste, también, en que estos organismos ofrezcan a los jueces, juristas y al personal en general una formación que les permita identificar, prevenir y gestionar las situaciones de discriminación múltiple.

P7_TA(2014)0062

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+PDF+V0//ES>

³⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INL)) P7_TA(2014)0126 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+PDF+V0//ES>



La *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní*, pide asimismo a la Comisión que establezca un mecanismo de seguimiento eficaz a escala de la Unión sobre los derechos fundamentales de las personas romaníes, los incidentes y los delitos motivados por el odio contra la población romaní, y que emprenda una acción decidida –incluso mediante procedimientos de infracción, cuando proceda– en casos de vulneración de los derechos fundamentales de las personas romaníes en los Estados miembros, especialmente en caso de denegación del acceso a los derechos económicos y sociales y de su ejercicio, y en caso de violación, del derecho a la libertad de circulación y de residencia, del derecho a acceder a la asistencia sanitaria y la educación, del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (incluida la discriminación múltiple), del derecho a la protección de los datos personales y de la prohibición de la creación de registros basados en la etnia y la raza³⁶.

Otra Resolución del Parlamento Europeo a tener en cuenta es la aprobada el 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género, en la que se reconoce que la prostitución y la prostitución forzadas son un fenómeno con un componente de género y de dimensión mundial que afecta en torno a 40-42 millones de personas en todo el mundo, siendo la inmensa mayoría de estas personas mujeres y niñas y casi la totalidad de los usuarios hombres y que, por lo tanto, es al mismo tiempo causa y consecuencia de la desigualdad de género, lo que agrava aún más el fenómeno³⁷.

La inclusión del término interseccional en los textos normativos no vinculantes es una novedad que hay que saludar, pero solo es un primer paso, ya que

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní (2013/2924(RSP)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0594+0+DOC+XML+V0//ES>

³⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0162+0+DOC+XML+V0//ES>



por lo general, los operadores del derecho ignoran este concepto e incluso los más receptivos confunden la discriminación interseccional y la discriminación múltiple.

4.1 La interseccionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tuvo la oportunidad de pronunciarse por vez primera acerca de la discriminación interseccional en la *Sentencia 47159/08, del 25 de julio de 2012*³⁸.

Una mujer de origen nigeriano, Beauty Salomon, con residencia habitual en España y que ejercía la prostitución, denunció haber sido desalojada, agredida e insultada de manera discriminatoria por unos agentes de policía mientras ejercía la prostitución en la vía pública (actividad no delictiva según el Código Penal español). Salomon no era la única mujer que se encontraba en dicho lugar ejerciendo la prostitución, pero sin embargo, fue a la única a la que se obligó a marcharse, siendo insultada con descalificativos como “puta negra, lárgate de aquí”.

Tras interponer denuncia ante los Juzgados de Instrucción de Palma de Mallorca, aportando un parte de lesiones y tres testigos, el caso se sobreesayó finalmente por falta de pruebas. Ocurrió lo mismo ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Constitucional.

Después de agotar los recursos internos, la organización *Women's Link Worldwide* llevó en el año 2008 el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH). La demanda se fundamentó en la existencia de un trato inhumano, degradante por razón de su profesión, de su color de piel y por el hecho de ser mujer (violación de los artículos 3 y 14, prohibición de trato inhumano o degradante y de la discriminación, del CEDH).

³⁸ TEDH – Sentencia de 25.07.2012, B. S. c. España, 47159/08 – <<Artículos 3 y 14 CEDH –Tratos inhumanos o degradantes – Prohibición de discriminación – Deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía>> – El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=1304&IDA=36621>



El TEDH condenó al Estado español por no haber investigado suficientemente el caso de la mujer al considerar que pues no habían hecho todo lo posible para aclarar los hechos racistas y machistas que habían tenido lugar.

Esta sentencia representa todo un hito al tratarse del primer caso de discriminación y violencia interseccional por raza, estatus y género que se presenta ante el TEDH, y donde además se condena por primera vez a un Estado considerando las desigualdades interseccionales de la persona agredida³⁹.

En palabras del Tribunal hay que tener presente que en los casos de discriminación multifactorial, el análisis de los hechos teniendo en cuenta uno sólo de los factores da una imagen distorsionada de la realidad.

Así, en relación a la vulneración de los art. 3⁴⁰ y 14⁴¹ del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (CEDH), sobre la prohibición de tratos inhumanos y discriminación, el Tribunal considera que la clave para que exista discriminación hacia la víctima es la combinación de las condiciones personales de ser mujer, negra y prostituta, unidas al hecho de que los policías no insultasen a otras mujeres de “fenotipo europeo” que también ejercían la prostitución en la misma zona.

En esta sentencia solo se nombra y define brevemente el concepto de discriminación múltiple, pero no se estudia su alcance, contenido ni consecuencias. Lo único que aclara es que ésta se basa en parámetros tales como raza, sexo o el origen social y que el estudio de los hechos debe hacerse en su contexto global ya que en caso contrario la visión sería incompleta y parcial⁴².

³⁹ GUZMAN ORDAZ, Raquel y JIMÉNEZ RODRIGO, María Luisa. *La Interseccionalidad como Instrumento Analítico de Interpelación en la Violencia de Género*. Oñati Socio-legal Series, v. 5, n. 2, 2015. p. 599 <http://ssrn.com/abstract=2611644>

⁴⁰ Art. 3 CEDH: “Prohibición de la tortura: Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”

⁴¹ Art. 14 CEDH: “Prohibición de discriminación: El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

⁴² ABRIL STOFFELS, Ruth. El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, Madrid, enero/abril 2013, p. 316



Aquí estamos ante un caso de discriminación interseccional, al potenciarse los efectos negativos simultáneos de discriminación. Sin embargo, al realizar la traducción de la sentencia del inglés al español el concepto discriminación interseccionalidad fue traducido por “discriminación multifactorial”, lo cual ha dificultado enormemente la remisión a la doctrina jurídica ya elaborada en los últimos veinticinco años 25 años sobre la discriminación interseccional. Esto mismo ha ocurrido con la traducción francesa de la sentencia⁴³.

Hay que remarcar que actualmente, la los tribunales europeos siguen abordando los casos de discriminación a partir de un motivo concreto y aislado en cada caso, sin establecer conexiones entre distintos ejes de discriminación. Tampoco existe una definición clara acerca del concepto de discriminación múltiple o discriminación interseccional.

Otra sentencia relevante en este ámbito es la dictada en el caso Muñoz Díaz c. España, donde se repite la doctrina del TEDH sobre la discriminación. En este sentido, se entiende que: “*ésta consiste en tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas situadas en situaciones comparables*”. Una vez probaba la existencia de una diferencia de trato, el Estado tiene que demostrar que la misma está justificada pues, en caso contrario, será discriminación por faltar un fin legítimo⁴⁴.

En este caso concreto, la demandante era una mujer de etnia gitana a quien no se le reconocía su matrimonio por no estar inscrito en el registro y haberse celebrado según las costumbres gitanas, a pesar de que existían documentos públicos que demostraban su existencia. La demandante había sido discriminada tanto por ser mujer –en relación con el reconocimiento de la pensión de viudedad si hubiese matrimonio– como por ser de etnia gitana –pues sí se reconocía este derecho a parejas de hecho que no se habían inscrito en el registro, produciéndose por lo tanto, un trato desigual–. No obstante, sólo se analizó la discriminación por un único factor.

⁴³ LA BARBERA, María Caterina. *Interseccionalidad, un “concepto viajero”*: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea Volumen 4, núm. 8, enero-abril 2016, p. 117

⁴⁴ Sentencia 49151/07 de 8.12.2009 TEDH, Muñoz Díaz c. España. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=1260&IDA=27886>



La sentencia vino a reconocer que la minoría gitana tiene derecho a ser tratada de forma diferente a la hora de ver reconocida una prestación patrimonial del sistema de protección social español, en contradicción a lo fijado por el Tribunal Constitucional español, que no admite el derecho al trato normativo desigual.

El fallo se fundamenta en la buena fe de la demandante y su confianza legítima en la acción del Estado español, que en su momento le había facilitado determinados documentos públicos que reconocían su condición de cónyuge, estimando desproporcionado que el Estado admita las cotizaciones al sistema de protección social de su marido durante todo el período de convivencia y le deniegue la pensión de viudedad tras el fallecimiento de aquel. La sentencia rechaza, sin embargo, que la unión por el rito gitano pueda equipararse a las formas de acceso al matrimonio civil legalmente reconocidas en el ordenamiento español, lo que confirma la vigencia del margen de apreciación estatal a la hora de concretar el derecho al matrimonio garantizado en el artículo 12 del CEDH⁴⁵.

De esta manera la sentencia del TEDH solo se detuvo en la existencia de una violación de la obligación de igualdad de trato sin llegar a abordar la posible existencia de discriminación étnica o racial, aun cuando el caso permitía realizar este análisis complejo., o que hubiera dado pie a poder desarrollar el concepto de discriminación múltiple e interseccional.

5. CONCLUSIONES

Finalmente se dejan aquí anotadas algunas cuestiones que merecen una reflexión más profunda en relación a los peligros, desafíos y posibilidades que la teoría de las interseccionalidad ofrece.

⁴⁵ REQUENA CASANOVA, Millán. Derecho a contraer matrimonio - Discriminación por motivos étnicos - Matrimonio gitano - Artículo 1 del protocolo n.º 1 - Pensión de viudedad en Revista de Derecho Comunitario Europeo, núm. 36, Madrid, mayo/agosto, 2010. pp. 576 y 577



Uno de los temas recurrentes que aparecen cuando se aborda esta cuestión es la necesidad de superar la confusión que sigue existiendo en relación a la “discriminación múltiple” y “discriminación interseccional”, ya que, si bien en ambas situaciones se producen discriminaciones a partir de varios ejes de opresión que actúan al mismo tiempo, sin embargo, la dimensión relacional que caracteriza a la “discriminación interseccional” potencia la incidencia excluyente de dichos ejes en la intersección, dando lugar a concretas situaciones de discriminación que van más allá de la mera suma de discriminaciones.

Esta mirada descentrada a las discriminaciones debe además permear, no solamente la labor de reivindicación y propuesta que realiza la sociedad civil, o ciertas disciplinas de las ciencias sociales, sino también a los operadores jurídicos en su tarea de aplicar e interpretar el derecho y, cómo no, a los agentes encargados del diseño de las políticas.

Las interesantes aportaciones que se están realizando por vía jurisprudencial, fundamentalmente a partir de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como a través de los Comités de seguimiento de los distintos tratados internacionales de Naciones Unidas, son un claro ejemplo de cómo la teoría de la interseccionalidad se ha ido introduciendo en el discurso y la práctica de los derechos humanos.

En el tema que nos ocupa, es de relevante interés las posibilidades que ofrece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al reconocer expresamente en su texto la existencia de múltiples formas de discriminación, en referencia a las mujeres con discapacidad, lo que supone dejar una puerta abierta a la aplicación de la teoría de la interseccionalidad en el marco de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, el hecho de que la teoría de la interseccionalidad aborde las situaciones concretas de discriminación que se producen en la interrelación de dos o más ejes de opresión no debe ser interpretado como una vuelta a la reesencialización de las experiencias de las mujeres negras, de las mujeres con discapacidad, de las mujeres lesbianas... como si fuesen identidades sin frac-



tura, compartimentos estancos o railes de tren que avanzan en paralelo, sin posibilidad de cruzarse. Es preciso reivindicar un feminismo descentrado o en el que exista la posibilidad de encontrar centralidades múltiples y nómadas.

Asimismo, no hay que caer en el error de jerarquizar las discriminaciones, como ya ha ocurrido en muchos ámbitos de la academia con los propios derechos humanos.

Como bien señala la profesora Nina LYKKE, la interseccionalidad puede ser concebida “*como un ‘punto nodal’, como un marco abierto para comparar diferentes conceptualizaciones feministas de diferenciales de poder, normatividades y formaciones de identidad que se intersecan*”. Es así “*un sitio discursivo donde diferentes posiciones feministas están en diálogo crítico o conflicto productivo las unas con las otras*.”⁴⁶

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

ABRIL STOFFELS, Ruth. El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 44, Madrid, enero/abril 2013.

BARRÈRE UNZUETA, M^a Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores. Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho Antidiscriminatorio en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45. 2001.

BELTRÁN, Elena; MAQUIEIRA, Virginia; ÁLVAREZ, Silvina, y SÁNCHEZ, Cristina, *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial.

⁴⁶ LYKKE, Nina. Intersectional Analysis: Black Box or Useful Critical Feminist Thinking. En BRAH, Avtar. Op. cit. BRAH, Avtar. *Pensando en y a través de la Interseccionalidad*, p. 19



- BOSCH, Esperanza; FERRER, Victòria; RIERA, Teresa y ALBERDI, Rosamaria. *Feminisme a les aules. Teoria i praxi dels estudis de gènere. Feminismo en las aulas. Teoría y praxis de los estudios de género*. Universitat de les Illes Balears, 2003.
- BUTLER Judith. *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*. Editorial Paidós, Barcelona, 2007
- CABALLERO PÉREZ, Isabel. Interseccionalidad. *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad - Manual volumen II*. CERMI. Ediciones CINCA, Madrid, 2013
- FOUCAULT, Michel. *Los anormales. Curso de Collège de France (1974-1975)*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000.
- JABARDO, Mercedes (Ed.) *Feminismos Negros: Una Antología*. Traficantes de Sueños, 2012
- LA BARBERA, María Caterina. *Interseccionalidad, un “concepto viajero” : orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea Volumen 4, núm. 8, enero-abril 2016*
- MIYARES, Alicia. 1948: El Manifiesto de “Séneca Falls” en la *Revista Leviatán*, nº 75, 1999.
- PLATERO, Raquel (Lucas) (Ed.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Edicions Bellatera.
- REQUENA CASANOVA, Millán. Derecho a contraer matrimonio - Discriminación por motivos étnicos -Matrimonio gitano - Artículo 1 del protocolo n.º 1 - Pensión de viudedad en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, Madrid, mayo/agosto, 2010
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Rosalía, BRAVO BOSCH, M^a José. *Experiencias Jurídicas. Identidades Femeninas*. (Ed.) Dykinson, 2011.



Fuentes de internet

BRAH, Avtar. Pensando en y a través de la interseccionalidad en *La Interseccionalidad en debate. Actas del Congreso Internacional “Indicadores Interseccionales y Medidas de Inclusión Social en Instituciones de Educación Superior”*. http://www.upla.cl/inclusion/wp-content/uploads/2015/04/Interseccionalidadendebate_misealweb-1.pdf

CRENSHAW, Kimberlé W. Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A black feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8. <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>

CRENSHAW, Kimberlé W. *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color*. Stanford Law Review. Vol. 43 no. 6, 1991. http://socialdifference.columbia.edu/files/socialdiff/projects/Article__Mapping_the_Margins_by_Kimblere_Crenshaw.pdf

COMBAHEE RIVER COLLECTIVE. *The Combahee River Collective Statement*. *Revista herramienta*. <http://www.herramienta.com.ar/manifiesto-colectiva-del-rio-combahee>

GUZMAN ORDAZ, Raquel y JIMÉNEZ RODRIGO, María Luisa. *La Interseccionalidad como Instrumento Analítico de Interpelación en la Violencia de Género*. Oñati Socio-legal Series, v. 5, n. 2, 2015. p. 599 <http://ssrn.com/abstract=2611644>

IGLESIAS GIL, Marita; JONEKEN, Anneli; MICKLER, Bärbel y KNUDSEN, J.S. *Informe sobre Violencia y la Mujer con Discapacidad. Proyecto METIS, iniciativa DAPHNE de la Unión Europea, 1998* <http://www.independentliving.org/docs1/iglesiassetal1998sp.html>

LOMBARDO, Marina y VERLOO, Mieke. *La interseccionalidad del género con otras desigualdades en la política de la Unión Europea*. http://www.urv.cat/media/upload/arxiu/igualtat/JeanMonnet/2012/lombardo_verloo.pdf



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE ANDALUCÍA (UNA). Seminario Cuerpo Impropio. Guía de modelos somatopolíticos y de sus posibles usos desviados. Dir. Beatriz PRECIADO.
http://ayp.unia.es/index.php?option=com_content&task=view&id=703

Tratados y jurisprudencia

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. 1965. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 1979. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2006. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Diario Oficial de las Comunidades Europeas 180 L https://www.boe.es/diario_boe/xml.php?id=DOUE-L-2000-81307

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 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>

Observación General N° 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000).



Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2013, sobre los progresos en la aplicación de las estrategias nacionales de integración de la población romaní (2013/2924(RSP))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0594+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de febrero de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género (2013/2103(INI))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0162+0+DOC+XML+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INL)) P7_TA(2014)0126

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0126+0+DOC+PDF+V0//ES>

Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género (2013/2183(INI)) P7_TA(2014)0062

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+PDF+V0//ES>

Recomendación general N° 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf?view=1>

Recomendación General N° 25, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al artículo 6 de la Convención, 56° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 252 (2000). <http://hrlibrary.umn.edu/gen-comm/Sgencom25.html>



Recomendación General Nº 18, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Décimo período de sesiones, 1991, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 83 (1994). <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Sentencia 47159/08 de 25.07.2012 TEDH, B. S. c. España,– <<Artículos 3 y 14 CEDH –Tratos inhumanos o degradantes – Prohibición de discriminación– Deber de investigar en profundidad alegaciones de malos tratos de la policía>> –El reconocimiento judicial de la discriminación múltiple en el ámbito europeo. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=1304&IDA=36621>

Sentencia 49151/07 de 8.12.2009 TEDH, Muñoz Díaz c. España. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=4&IDN=1260&IDA=27886>

IV. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO MARCO DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. –2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GENERAL. –3. LA CONVENCIÓN COMO HERRAMIENTA. 3.1. La lucha contra la discriminación, por la inclusión y por la normalización. 3.2. El reconocimiento de derechos. –4. EL MARCO DE LA CONVENCIÓN. –5. PROBLEMAS DE LA IMPLEMENTACIÓN. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Las convenciones internacionales son acuerdos y tratados celebrados entre sujetos de Derecho Internacional, más en concreto, entre Estados o entre Estados y Organizaciones Internacionales. En ellas se establecen obligaciones para los firmantes y, en ocasiones, derechos. A veces se acompañan de un protocolo facultativo, esto es, de un instrumento que establece derechos y obliga-



ciones adicionales. Normalmente, las convenciones o los protocolos establecen órganos de seguimiento encargados de examinar el cumplimiento de lo establecido en dichos textos normativos.

En España, tal y como dispone el artículo 96,1 de la Constitución, los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del Ordenamiento jurídico interno. Esto significa que los tratados son normas jurídicas al igual que lo son las leyes, los decretos, etc...

Ahora bien, la vinculación directa del Derecho internacional, de manera sorprendente, es algo que todavía no ha calado en la cultura jurídica. No es este el lugar para extenderme sobre este fenómeno. Por muy extraño que parezca, a pesar de lo establecido en las normas antes aludidas, los operadores jurídicos no suelen utilizar las normas internacionales ya sea por desconocimiento, por una falsa creencia de que no poseen valor normativo o simplemente por considerar que se trata de normas subsidiarias o complementarias a las estatales. Y nada más lejos de la realidad, como dispone nuestro Código civil en su artículo 1.5, la publicación íntegra del tratado en el Boletín Oficial del Estado convierte a éste en una norma de aplicación directa en España.

En ocasiones, las convenciones internacionales versan sobre derechos humanos. En efecto, uno de los rasgos que sirven para caracterizar a los derechos humanos y diferenciarlos de otros instrumentos es, precisamente, su alcance internacional. Así los procedimientos de garantía de los derechos superan las fronteras de los Estados y es posible hablar de un sistema internacional de protección de los derechos¹.

Precisamente, uno de los procesos históricos que se utilizan a la hora de describir la evolución de los derechos es denominado como proceso de internacionalización, a través del cual se da cuenta de la aparición de los derechos humanos en tratados y acuerdos internacionales. El proceso de internacionali-

¹ Vid. FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Civitas, Madrid 2013



zación tiene su origen en dos grandes fenómenos: por un lado en la existencia de violaciones de derechos por parte de los Estados y en la necesidad de reaccionar ante ello a través de instancias internacionales; por otro en la existencia de situaciones que implican violaciones de derechos y que afectan a varios Estados o que no pueden solucionarse sin la colaboración de diferentes Estados².

El punto de inflexión del proceso de internacionalización de los derechos humanos está constituido por la aprobación, en 1948, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. A partir de ese momento, puede decirse que los derechos humanos se convierten en una cuestión esencial del Derecho Internacional a través de la aparición de sucesivos acuerdos, tratados, declaraciones, y a través de la configuración de instituciones y procedimientos de garantía.

La aparición de los derechos en el ámbito internacional, es acompañada, en el plano estatal, de lo que podemos denominar como juridificación de los derechos. Por juridificación de los derechos no me refiero al reconocimiento de estos en textos jurídicos estatales (que es algo que se remonta al siglo XVIII, e incluso antes), sino a la adquisición de una fuerza vinculante plena por parte de las normas de derechos. Y es que durante cierto tiempo, la fuerza vinculante de los derechos humanos presentes en las constituciones estaba en tela de juicio (a pesar de que coincidían en ocasiones con los llamados derechos de la personalidad en el ámbito del Derecho privado, siendo estos, en este caso sí, vinculantes). En lo referido a su papel como instrumentos de limitación de la actuación del Estado, las normas de derechos se consideraba que poseían un carácter programático y se negaba su presencia en las relaciones entre privados³.

Pues bien en la actualidad, las normas de derechos además de proteger y favorecer el desarrollo de una vida humana digna, son parámetro de validez

² Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, (con la colaboración de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. LLamas), BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995

³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981. También GARCÍA-TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1986.



de toda decisión, acto o norma del Ordenamiento jurídico⁴, caracterizándose así por la nota de la resistencia frente a cualquier poder (si bien, todavía, su fuerza vinculante en el ámbito privado es relativizada por algunos, e incluso, la vinculación directa es insuficiente respecto a determinados derechos como los económicos, sociales y culturales⁵).

En todo caso, como señalaba, las normas de derechos se han convertido en los criterios o parámetros de validez del Ordenamiento jurídico. Nada puede ser válido si contradice un derecho, salvo que se produzca para favorecer otro derecho o bien fundamental y no suponga un daño desproporcionado. De ahí la importancia que tiene la tarea consistente en encontrar o determinar el significado de las normas de derechos, esto es, la interpretación⁶.

Y en este punto, en el de la interpretación de las normas de derechos, vuelven a cobrar relevancia las convenciones internacionales. En efecto, tal y como dispone el artículo 10.2 de la Constitución española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Lo dispuesto en este artículo posee un alcance singular no solo porque obliga al intérprete de las normas de derechos a utilizar las normas internacionales sobre derechos, sino porque sitúa a éstas en un nivel cuasiconstitucional o si se prefiere, supralegal⁷.

En el año 2006, Naciones Unidas aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En mayo de 2008, este

⁴ Vid. BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000.

⁵ Vid. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2004.

⁶ Vid. DE ASÍS, R., “On Interpretation of Human Rights Law”, en De Asís Roig, R. y Ansuategui Roig, F.J., *Essays on Human Rights*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015, pp. 165 y ss.

⁷ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10,2 de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Jurídicos* nº 12, Jaén, 2012, pp. 1 y ss.



tratado entra en vigor en nuestro Ordenamiento convirtiéndose así en un referente inexcusable para la interpretación de las normas de derechos.

Mucho se ha escrito o hablado sobre la importancia de la Convención en el sistema internacional de derechos, sobre su contenido o sobre el sistema diseñado para su cumplimiento. Sin embargo, a nivel interno, a pesar de la existencia de algunas decisiones legislativas y judiciales, la Convención sigue siendo desconocida y poco utilizada por los operadores jurídicos. Creo en este sentido que debemos cambiar de estrategia o, al menos, combinar la tradicional, esto es, la que alude a la Convención como un instrumento internacional, con otra que subraye la dimensión interna de esta norma, su presencia en nuestro Ordenamiento. En definitiva, debemos examinar la Convención hacia dentro. Y este es el objetivo de este trabajo.

2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN GENERAL

Se ha dicho en reiteradas ocasiones que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un punto de inflexión en la historia de los derechos de las personas con discapacidad e incluso en la historia del tratamiento de la discapacidad. Obviamente, todo lo que en ella se dispone y lo que representa, se llevaba tiempo defendiendo en el plano filosófico y ético, pero está claro que la Convención lo confirma y lo hace fuerte⁸.

Si tuviéramos que destacar de forma breve que implica ese punto de inflexión creo que bastaría con señalar que la Convención expresa la obligación de abordar la discapacidad desde el modelo social y desde un enfoque de derechos humanos. Se trata de dos cuestiones que están estrechamente relacionadas e implicadas.

Como es sabido, el modelo social supone dejar de contemplar la discapacidad como una enfermedad, como algo derivado de los rasgos de unas personas,

⁸ Vid. PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008.



como una cuestión individual. La discapacidad es una situación en la que se encuentran las personas que tiene, además, un claro componente social. Como señala la propia Convención: “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De esta manera, frente a formas anteriores de abordar la discapacidad basadas en su comprensión como una anormalidad individual que debe ser corregida (rehabilitando a la persona con discapacidad), el modelo social propugna considerar que la discapacidad es una anormalidad social que debe ser corregida (rehabilitando a la sociedad). La adopción del modelo social incorpora la cuestión de la discapacidad al campo de la lucha contra la discriminación, esto es, al campo de los derechos humanos.

Así la obligación de analizar la discapacidad desde el enfoque de derechos humanos, además de estar basada en la existencia de este instrumento propio del sistema internacional de garantía de los derechos, es consecuencia del modelo que este texto propugna a la hora de contemplar la discapacidad.

El enfoque de derechos humanos posee importantes implicaciones entre las cuales, destacaré aquí tres: a) la superación del enfoque asistencial; b) la especial resistencia; c) su campo de conflicto.

Superar el enfoque asistencial implica que los derechos pasan de ser objeto de políticas asistenciales, sujetas a voluntades políticas, disponibilidades presupuestarias y solidaridad social, a auténticos derechos directamente exigibles en vía judicial. La especial resistencia tiene que ver, por un lado con su consideración como criterios de validez (toda norma, decisión o acto que contradiga derechos de las personas con discapacidad, ya sea realizado por una instancia pública o privada, no puede ser considerada como válida), y por otro, con la existencia de mecanismos de garantía especiales. Por último, el campo de conflicto de los derechos, esto es, con quienes compiten en igualdad de condiciones y en este sentido, pueden verse limitados, son otros derechos o bienes fundamentales.



Es importante advertir que el enfoque de derechos obliga a dejar de considerar el coste económico de una medida como una razón singular para la limitación de un derecho. La economía, como la política, etc..., no son una razón de por sí, lo que no significa que no deba ser tenida en cuenta; puede serlo pero siempre en conexión con algún derecho.

Modelo social y enfoque de derechos humanos suponen un gran cambio en el tratamiento de la discapacidad que no puede ser llevado a cabo de manera automática sino que exige un importante esfuerzo de concienciación y sensibilización⁹. No en vano, la Convención dedica todo un artículo, el 8, a la toma de conciencia, señalando en su punto 1: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: 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 género 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”.

3. LA CONVENCIÓN COMO HERRAMIENTA

Varias son las funciones que la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad cumple. En este trabajo me voy a referir a dos grandes funciones: a) La lucha contra la discriminación, por la inclusión y la normalización; b) El reconocimiento de derechos.

3.1. La lucha contra la discriminación, por la inclusión y por la normalización.

Resulta lógico pensar que la Convención, siendo un instrumento de derechos humanos, se constituya en una herramienta de lucha contra la discrimi-

⁹ Vid. LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Ramón Areces, Madrid 2011.



nación. La historia de los derechos puede ser representada precisamente como un proceso contra la discriminación.

Como he señalado en otras ocasiones, la discriminación se produce en general bien cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente o bien cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente¹⁰.

Tradicionalmente la lucha contra la discriminación se ha desarrollado a través de dos estrategias que he denominado como estrategia de la situación y estrategia de la identidad¹¹.

La estrategia de la situación centra su lucha contra la discriminación en la situación en la que se encuentran ciertas personas a las que bien se las trata de manera igual bien de manera diferente de forma injustificada. Se busca así corregir una discriminación y para ello no se apela a la persona o grupo discriminado sino a una situación. En este sentido, la estrategia de la situación se desenvuelve dentro del proceso de generalización de los derechos ya que normalmente la situación de discriminación se produce porque hay insatisfacción de derechos que otros si tienen satisfechos. Y la idea de igualdad que se utiliza es la de la igualdad como punto de partida y la igualdad como generalidad (con independencia de que con carácter temporal y ciertamente especial, se justifiquen medidas de diferenciación positiva).

Por su parte, la estrategia de la identidad centra su lucha contra la discriminación en los rasgos, en la identidad, de una persona o grupo a la que se trata bien de manera igual, bien de manera diferenciada de forma injustificada. Se busca corregir una discriminación apelando a la persona o al grupo. Así, la es-

¹⁰ Vid. CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS, R., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en Cayo, L. y Alvarez, G., 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid 2012, pp. 53 y ss.

¹¹ Vid. DE ASÍS, R., “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos”, en Ramiro, M.A. y Cuenca, P. (ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid 2010, pp. 163 y ss.



trategia de la identidad se desenvuelve dentro del proceso de especificación de los derechos, demandando el reconocimiento de derechos a personas o colectivos concretos.

Ambas estrategias están presentes en la Convención, la cual, en su artículo 7.2 establece: “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”.

En este sentido, la Convención es una apuesta por una sociedad inclusiva, en la que la diversidad ocupa un lugar central. La apuesta por una sociedad inclusiva, por una sociedad que se adapta al pluralismo, es consecuencia de enfoque de derechos ya que este está irremediamente unido a la inclusión. Y también lo es del modelo social, cuya concepción de la discapacidad se decanta por la inclusión frente a la integración.

El artículo 19 de la Convención, sobre el que luego volveré, establece: “Los Estados Partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad...”.

Y a partir de ahí, la Convención apuntala este modelo de sociedad en lo que son los seis grandes pilares de una sociedad inclusiva: la participación política y social; la educación; el trabajo; la cultura, el ocio y el deporte; la justicia; y la sanidad.

Respecto a la participación política señala en su artículo 29: “Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás”.

En relación con la educación, la Convención es clara al afirmar en su artículo 24: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con disca-



pacidad a la educación. 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...”.

Y lo mismo puede decirse respecto al trabajo. El artículo 27 establece: “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”.

El modelo inclusivo también aparece en el artículo 30 en relación con el ocio, la cultura y el deporte. Así, en el punto 1 se afirma: “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a participar, en igualdad de condiciones con las demás, en la vida cultural”. Y en el punto 5 puede leerse: “A fin de que las personas con discapacidad puedan participar en igualdad de condiciones con las demás en actividades recreativas, de esparcimiento y deportivas, los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes...”

La regulación de la justicia participa de esta visión, comenzando el artículo 13 señalando: “Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales...”.

Y, por último, como no podía ser de otra forma, le regulación del derecho a la salud no deja duda alguna. El artículo 25 comienza diciendo: “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”. Y más adelante, en ese mismo artículo puede leerse que los Estados, “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”.

En definitiva, la Convención es una herramienta para la normalización de la sociedad a través de la lucha contra el discurso de lo especial que tradicionalmente ha estado asociado a la discapacidad, y a través de la exaltación de la riqueza que la diversidad produce en la sociedad.

3.2. El reconocimiento de derechos

La segunda función que quiero destacar de la Convención es la del reconocimiento de los derechos. Se trata en todo caso de una función polémica. Desde la aprobación de la Convención ha sido una constante afirmar que se trata de un texto que no supone el reconocimiento de nuevos derechos, sino más bien el recordatorio de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que cualquier otra persona.

Siempre que se habla de nuevos derechos se plantea el problema de si en realidad son en sentido estricto nuevos o concreciones de derechos ya existentes¹². Por otro lado, no cabe duda que la Convención, como herramienta de lucha contra la discriminación, destaca el principio de igualdad de derechos. Pero a pesar de todo lo anterior, creo que es posible hablar de la Convención como texto que reconoce concreciones de derechos ya reconocidos pero también nuevos derechos.

Los nuevos derechos, como veremos inmediatamente, tienen que ver con los apoyos y ajustes, y con la lengua de signos. Los que tienen que ver con los apoyos y ajustes tal vez podrían unificarse en un solo derecho con diversas proyecciones: el derecho a los ajustes razonables. Pero veámoslo más detenidamente.

¹² Vid. PEREZ-LUÑO, A.E., “Las generaciones de derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10, pp. 203 y ss.



Un primer derecho que puede ser considerado como ya existente es el derecho a una igual capacidad. Así, el artículo 12,2 de la Convención señala: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Y estrechamente relacionado con él estaría el derecho a los apoyos en la toma de decisiones, que puede ser considerado como un nuevo derecho, y que aparece en el punto 3 de ese mismo artículo: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica¹³”.

Otro derecho presente en la Convención es el derecho a la accesibilidad universal. El artículo 9 de la Convención señala: “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 pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al...”. La accesibilidad ha sido contemplada como principio, como parte del contenido de los derechos, como derecho... Ciertamente como derecho posee un contenido muy amplio y que tiene que ver con el resto de derechos¹⁴. Unido a él estaría el derecho a los ajustes razonables. Los ajustes aparecen en diversos artículos de la Convención pero es el artículo 2 el que se encarga de definirlos: “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”.

Por su parte, el artículo 19 reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad al señalar: “Los Estados Partes en la

¹³ Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 10, diciembre 2012, pp. 61 y ss.

¹⁴ Vid. DE ASÍS, R., AIELLO, A.L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., y PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007, pp. 104 y ss.



presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad”. De nuevo, se trata de un derecho con un amplio contenido y que puede relacionarse con el derecho a la autonomía y con la igualdad. En todo caso, al igual que ocurría con los derechos precedentes, estrechamente vinculado a este derecho, podemos referirnos a un nuevo derecho que tiene que ver con la idea de ajuste y apoyo: el derecho a los apoyos en la realización de las actividades fundamentales de la vida diaria, implícito en el artículo 19 en relación con el 9¹⁵.

En este sentido, de los seis derechos anteriores, tres podrían considerarse como ya existentes, pero otros tres, los que tienen que ver con los apoyos y los ajustes, tienen un sentido novedoso. Como decía, estos tres derechos podrían reunirse en un único derecho: el derecho a los apoyos y ajustes razonables.

Por último, dentro de los nuevos derechos que reconoce la Convención, existe un séptimo derecho que se vincula con las minorías lingüísticas y con la diversidad cultural. Se trata del derecho al uso de la lengua de signos que aparece en varios preceptos, siendo de destacar lo afirmado en el artículo 30.4: “Las personas con discapacidad tendrán derecho, en igualdad de condiciones con las demás, al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, incluidas la lengua de señas y la cultura de los sordos¹⁶”.

4. EL MARCO DE LA CONVENCIÓN

Como he señalado en otras ocasiones, el sistema de derechos de las personas con discapacidad, tal y como aparece en la Convención, puede ser descrito a través de lo que he denominado como eje de la accesibilidad¹⁷.

¹⁵ Vid. DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid 2013.

¹⁶ Vid. DE ASÍS, R., “Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos”, en Cuenca, P., *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid 2012, pp. 99 y ss.

¹⁷ Vid. DE ASÍS, R., “El encaje de la Convención Internacional de derechos de la personas con discapacidad



En el punto anterior he aludido ya a la accesibilidad. Esta, a lo largo de la Convención, se conecta y se justifica tomando como referencia otros tres grandes derechos: vida independiente, participación en la vida social e igualdad de oportunidades. El logro de la accesibilidad, puede alcanzarse a través de dos grandes vías: el diseño universal y los ajustes razonables.

Por diseño universal se entiende “el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” (artículo 2 de la Convención). Es una obligación que se deriva del derecho a la accesibilidad universal en todas y cada una de sus proyecciones y que no corresponde cumplir única y exclusivamente a los poderes públicos, sino a todo aquel que participe en la creación de esos bienes y productos, en la realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho. Desde un punto de vista conceptual, lo problemático del diseño universal radica en la determinación del término posible que, como se habrá observado, sirve de límite interno al contenido de este principio.

Por su parte, los ajustes razonables (también llamados acomodos razonables) son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de una persona. Son definidos en la Convención como “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”. De esta forma, lo problemático del ajuste se produce a la hora de determinar su razonabilidad y a la hora de establecer cuando estamos en presencia de una carga desproporcionada o indebida.

en el texto refundido”, en Arenas Escribano, F. y Cabra de Luna, M.A., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, La Ley, Madrid 2015, pp. 73 y ss.



Con carácter general, los ajustes razonables adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal y se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular ¹⁸.

De esta forma, la ausencia de accesibilidad, esto es, el incumplimiento de la obligación de accesibilidad puede estar justificado o puede no estarlo, y ello depende de que se haya satisfecho o no el diseño universal (bien originariamente o bien a través de medidas de accesibilidad). Si se ha satisfecho, bien porque existe accesibilidad universal o bien porque no era posible o razonable que existiera, no podemos hablar de incumplimiento de la obligación de accesibilidad. Si no se ha satisfecho, porque no existe accesibilidad universal y era posible o razonable que existiera, podemos hablar de incumplimiento de la obligación de accesibilidad. Y en este segundo caso, estamos en presencia de una discriminación que debe arreglarse corrigiendo la situación y logrando la accesibilidad.

Un sentido integral de la accesibilidad implica: (i) el diseño universal, que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas; (ii) las medidas de accesibilidad, que aparecen cuando el diseño universal no se satisface; (iii) el ajuste razonable, que surgen cuando está justificado que la accesibilidad no sea universal.

Desde este eje de la accesibilidad, el sistema de derechos de las personas con discapacidad, se proyecta en diferentes ámbitos ente los que destacan: a) salud (consentimiento, ensayos, tratamientos...); b) libertad y seguridad (institucionalización, movilidad, Derecho penal...); c) empleo y trabajo (empleo ordinario y protegido, no discriminación, derechos laborales...); d) capacidad jurídica; e) educación (inclusión, formación de profesorado...); f) justicia (accesibilidad, participación...); g) participación política; h) audiovisual y tecnologías de la información; i) servicios sociales; j) cultura, ocio y deporte.

¹⁸ Vid. PALACIOS, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy, I., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid 2004.



5. PROBLEMAS DE LA IMPLEMENTACIÓN

A pesar de que la Convención supone un cambio importante en el tratamiento de la discapacidad, ciertamente los avances que se han producido en estos casi 10 años desde su aprobación, han sido menos de los esperados. No parece fácil utilizar el enfoque de derechos ni la perspectiva del modelo social. Y esto es así porque persisten una serie de problemas que pueden ser clasificados en cuatro grupos: jurídicos, teóricos, sociales y económicos.

Entre los problemas jurídicos destacaré aquí tres. El primero tiene que ver con el valor del Derecho internacional y del propio artículo 10.2 de la Constitución, sobre el que me detuve al comienzo. Pues bien, a pesar de que se ha evolucionado mucho en este punto, el Derecho internacional sigue siendo desconocido e infravalorado por parte de buena parte de los operadores jurídicos. Y esto provoca que la Convención sea vista como un texto con escasa fuerza normativa. El segundo de los problemas está relacionado con la consideración, de nuevo por parte de muchos operadores jurídicos, de los derechos de las personas con discapacidad como derechos económicos, sociales y culturales (en el caso español se trata de un posicionamiento que se apoya en el lugar constitucional en el que se encuentra la alusión a los derechos de las personas con discapacidad). Pues bien, ésta consideración unida a aquella otra para la que los derechos económicos, sociales y culturales están sujetos a la voluntad política negándose incluso su consideración como derechos fundamentales, vuelve a provocar que las normas sobre derechos de las personas con discapacidad tengan escasa fuerza normativa. El tercero de los problemas es el de la distancia que existe entre lo dispuesto en la Convención y el Ordenamiento jurídico español, y la cultura jurídica española en general, en un tema tan relevante como es el de la capacidad jurídica. La Convención, en su artículo 12, proclama la igual capacidad jurídica de todas las personas, rechazando en línea de principio la diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que es uno de los pilares del Derecho civil moderno. El traslado de lo dispuesto en la Convención a nuestro Ordenamiento exige modificar así este pilar, y esto es algo que, además de voluntad, requiere tiempo.



Dentro de los problemas teóricos es posible diferenciar entre aquellos que tienen que ver con la propia teoría de los derechos y aquellos que afectan al modelo social.

La cuestión de la discapacidad es algo relativamente nuevo para la teoría de los derechos humanos, aunque pueda parecer sorprendente. Su inclusión, obliga a replantearse algunos postulados de esta teoría, tales como la estrecha relación entre el concepto de dignidad humana y el de capacidad, o la construcción de la igualdad basada en aspectos formales y en cierto sentido enfrentada a la realidad al desconocer o minimizar el valor de la diferencia y la diversidad. Se trata de dos postulados claramente consolidados que dificultan la implementación de la Convención.

Y algo parecido ocurre en relación con el modelo social, esto es, desde el modelo de tratamiento de la discapacidad. Tres son las críticas que se suelen hacer al modelo social, que aminoran la efectividad de la Convención y que deben ser resueltas y contestadas. En primer lugar el estar especialmente enfocado hacia un tipo de discapacidad, la física, dejando a un lado el resto de situaciones. En segundo lugar el manejar un concepto de igualdad formal que no contempla una atención especial a la diversidad ni a la identidad. En tercer lugar, el estar alejado de la realidad... Prácticamente todas estas críticas se hacen desde la visión social preponderante de la discapacidad que es la del modelo médico.

Y es que, el problema más grande con el que se encuentra la Convención en lo referente a su eficacia, tiene que ver con cuestiones sociales. Estas pueden ser reconducidas nuevamente a tres. La primera de ellas, que es sin lugar a dudas la principal, es la separación entre el modelo social propugnado por la Convención y el modelo imperante en la sociedad que no es otro que el modelo médico. La segunda es consecuencia de la visión que existe en buena parte del colectivo de personas con discapacidad que acepta el paternalismo y que duda, o teme, de nuevas situaciones presididas por la autonomía y la responsabilidad. La tercera vuelve a ser un planteamiento socialmente generalizado que consiste en poner en duda en la práctica la efectividad de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, esto es, en el ámbito privado.



El último tipo de problemas a los que voy a aludir son de índole económico. Y es que entre los argumentos que dificultan la implementación de la Convención pueden destacarse dos que tienen ese carácter. Uno de ellos es el de la seguridad en el tráfico jurídico, esto es, la afirmación que el traslado completo de la Convención al Derecho, y más concretamente el reconocimiento de una igual capacidad jurídica, pondría en peligro el tráfico jurídico. El otro es el de los costes, esto es, la consideración de que es imposible satisfacer la Convención porque no hay recursos económicos que puedan poner en marcha todo el sistema de apoyos que ésta demanda.

Como habrá podido observarse, los problemas de la implementación de la Convención, incluidos los económicos, son todos de índole ideológico. Y esto provoca que el Derecho sea una herramienta necesaria pero insuficiente para conseguir superarlos. La satisfacción de la Convención requiere destinar esfuerzos a actuaciones que tengan que ver con la sensibilización, la formación y la educación. Acciones dirigidas a toda la sociedad pero de manera especial a los operadores jurídicos, a los formadores de los operadores jurídicos, a las empresas y poderes privados y, sobre todo, a las escuelas y colegios. El conocimiento de la Convención por parte de los niños y niñas, de los profesores y profesoras, y de aquellos que los y las forman, es algo esencial si queremos que lo dispuesto en la Convención se plasme finalmente en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid 2004.

BARRANCO AVILÉS, M.C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000.

CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS, R., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en Cayo, L. y Alvarez, G., 2003-2012: *10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid 2012.



CUENCA GÓMEZ, P., “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR*, 10, diciembre 2012.

CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10,2 de la Constitución española”, en *Revista de Estudios Jurídicos n° 12*, Jaén, 2012.

DE ASÍS, R., “El encaje de la Convención Internacional de derechos de la personas con discapacidad en el texto refundido”, en Arenas Escribano, F. y Cabra de Luna, M.A., *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, La Ley, Madrid 2015.

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

DE ASÍS, R., “On Interpretation of Human Rights Law”, en De Asís Roig, R. y Ansuategui Roig, F.J., *Essays on Human Rights*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2015.

DE ASÍS, R., “Sobre el derecho al conocimiento y aprendizaje de la lengua de signos”, en Cuenca, P., *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid 2012.

DE ASÍS, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid 2013.

DE ASÍS, R., AIELLO, A.L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., y PALACIOS, A., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid 2007.

FERNÁNDEZ LIESA, C.R., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en perspectiva histórica*, Civitas, Madrid 2013



GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1981.

GARCÍA-TORRES, J. y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid 1986.

LIDÓN HERAS, L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ¿por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*, Ramón Areces, Madrid 2011.

PALACIOS, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy, I., (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid 2004.

PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad*, Colección CERMI, Madrid 2008.

PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, (con la colaboración de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. LLamas), BOE-Universidad Carlos III, Madrid 1995

PEREZ-LUÑO, A.E., “Las generaciones de derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 10.

V. DERECHOS EN CONFLICTO, CONFLICTO DE DERECHOS: PRINCIPALES FRICCIONES ENTRE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEGISLACION NACIONAL ESPAÑOLA

Antonio-Luis Martínez-Pujalte

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Director de la Cátedra de Discapacidad y Empleabilidad de la Universidad Miguel Hernández de Elche.

SUMARIO: 1. LA POSICIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. –2. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES FRICCIONES ENTRE LA CONVENCION Y LA LEGISLACION ESPAÑOLA. 2.1. El aborto por razón de discapacidad. 2.2. El régimen de la incapacitación. 2.3. El internamiento no voluntario. 2.4. La escolarización forzosa en centros de educación especial. 2.5. La privación del derecho de sufragio. –3. NOTA FINAL.

A pesar de que han transcurrido ya diez años desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la Convención), nueve desde su ratificación por España y ocho desde su entrada en vigor, subsisten todavía importantes fricciones entre la Convención y la legislación nacional española, de las que en estas páginas se



examinarán algunas de las que, en mi opinión, revisten una mayor relevancia. En no pocos casos nos encontramos, como se verá, ante antinomias o conflictos normativos explícitos, es decir, situaciones en las que dos normas –en este caso, un precepto de la Convención y un precepto legal– prescriben tratamientos netamente incompatibles para un supuesto de hecho, sin que sea posible la armonización de ambas disposiciones, pues una de ellas ha de excluir forzosamente la aplicación de la otra. Con el fin de proporcionar orientaciones para la posible solución de estos conflictos, y antes de analizar cada uno de ellos en particular, resulta de interés realizar previamente un breve examen de la posición de la Convención, como tratado internacional, en el ordenamiento jurídico español.

1. LA POSICIÓN DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

El artículo 96.1 de la Constitución española (en adelante, CE) dispone –recogiendo una larga tradición doctrinal y jurisprudencial anterior, que por lo demás ya había encontrado reflejo en el artículo 1.5 del Código Civil– que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, es decir, consagra la recepción automática de los tratados en el Derecho español. En nuestro caso, la Convención, que había sido ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, para que de este modo coincidiese su entrada en vigor en nuestro ordenamiento con su entrada en vigor internacional, que se produciría, conforme a lo indicado por su artículo 45.1, “el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión”, concretamente el 3 de mayo de 2008. Por tanto, desde esa fecha la Convención forma parte de nuestro Derecho, sin que fuera preciso ningún acto normativo interno de trasposición o conversión del tratado.

En cambio, la Constitución no precisa cuál es la concreta posición de los tratados internacionales en el conjunto del sistema de fuentes. La doctrina ha



afirmado de forma prácticamente unánime¹ su subordinación a la Constitución, que se derivaría tanto de lo ordenado en el artículo 95 CE (que prevé que “la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, habilitando en su apartado segundo al Gobierno y a las Cámaras a “requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”) como del hecho de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en su artículo 27.2, incluye a los tratados internacionales entre las disposiciones susceptibles de control de constitucionalidad *a posteriori* a través de los procedimientos del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad. Mayores dudas plantea, sin embargo, la relación entre los tratados y la ley. A veces se ha afirmado que los tratados tienen rango de ley² –lo que en puridad significaría que tendrían efecto derogatorio respecto de las normas anteriores del mismo rango, pero no respecto de las posteriores–, y en otras ocasiones que los tratados tienen rango supralegal y ocupan por tanto una posición jerárquica intermedia entre la Constitución y las leyes³. Pero el criterio que ha imperado en la práctica no contempla esa relación en términos de jerarquía –lo que obligaría a concluir la nulidad de las disposiciones legales, anteriores o posteriores, que no sean conformes con los tratados–, sino de prevalencia de los tratados respecto de las normas con rango de ley, que, como se ha sugerido, podría inferirse del segundo inciso del artículo 96.1 y del artículo 94.1.e CE⁴, pero se sustenta sobre todo en la propia naturaleza de los tratados como normas internacionales, que quedan por tanto sustraídas a la intervención unilateral del Estado en cuanto a su modificación o derogación⁵; doctrina que aparece hoy recogida por el artículo 31 de la Ley

¹ Con alguna excepción: cfr. MARÍN LÓPEZ, Antonio, “Orden jurídico internacional y Constitución española”, en *Revista de Derecho Político*, 45 (1999), págs. 35-67.

² Cfr. vg. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de mayo de 2005 y 27 de marzo de 2012.

³ Cfr. vg. IGLESIAS VELASCO, Alfonso, “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29 (2013), especialmente págs. 198-202.

⁴ El segundo inciso del artículo 96.1 indica que las disposiciones de los tratados internacionales “sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Por su parte, el artículo 94.1.e exige la previa autorización de las Cortes Generales para la celebración de aquellos tratados que “supongan modificación o derogación de alguna ley”.

⁵ Sobre todas las cuestiones tratadas en este párrafo, cfr. DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, “Artículo 31. Prevalencia de los Tratados”, en VARIOS, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2015, págs. 575-589, y la bibliografía allí citada.



25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales (en adelante, LTAI), que establece que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. El resultado de esta prevalencia no es la nulidad de la norma legal, sino la aplicación preferente de la norma del tratado, con exclusión de cualquier otra norma interna que se le oponga, lo que –como ha señalado expresamente el Tribunal Constitucional (STC 28/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico 5º)– puede ser decidido por cualquier órgano judicial. En este sentido, son no pocas las resoluciones judiciales que han decidido la aplicación de disposiciones contenidas en tratados, descartando la aplicación de normas internas que se les oponían⁶.

Ahora bien, para que el efecto que se acaba de mencionar pueda producirse tiene que darse otra condición, y es que la disposición del tratado sea de aplicación directa, lo que no siempre sucede⁷. Sobre esta cuestión, el artículo 30.1 LTAI indica que “los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. A partir de este precepto, y sintetizando la jurisprudencia precedente del Tribunal Supremo, Díez-Hochleitner señala que un tratado será de aplicación directa “cuando reconozca derechos o imponga obligaciones a los particulares de forma clara, precisa e incondicional”⁸. No es obstáculo a esa aplicación directa, en cambio, el hecho de que el tenor literal de los preceptos del tratado contemple como destinatarios inmediatos de sus obligaciones a los Estados, como sucede con frecuencia, utilizando por ejemplo expresiones del tipo: “Los Estados

⁶ Cfr., entre muchas otras, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 10 de mayo de 1990; Sala Tercera, de 24 de abril de 2001; Sala Cuarta, de 12 de junio de 2003; Sala Primera, de 10 de mayo de 2011.

⁷ Es más, se ha señalado que, en la práctica, la regla general es la ausencia de aplicación directa: cfr. CARDONA LLORENS, Jorge, “Artículo 30.2 y 3. Ejecución”, en VARIOS, *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., págs. 560-561.

⁸ DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, “Artículo 30.1. Ejecución”, en VARIOS, *Comentarios a la Ley de Tratados...*, cit., págs. 542-543. Cfr. sobre todo Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 10 de marzo de 1998, y Sala Primera, de 10 de mayo de 2011.



Parte asegurarán...”. Lo decisivo es si esa obligación se impone a los Estados de forma incondicional y suficientemente precisa, de tal forma que genere un derecho para el particular⁹.

Por tanto, en los conflictos entre las disposiciones de la Convención y las normas internas que van a ser examinados en la segunda parte del presente estudio, será preciso discernir si las primeras reúnen la característica de la incondicionalidad. En los casos en que se dé este requisito, la norma de la Convención deberá ser aplicada por los Tribunales con exclusión de la norma interna que se le opondrá, siempre que, como es lógico, tal oposición no pueda ser salvada por vía interpretativa.

Esta última reflexión nos lleva a apuntar una segunda consecuencia de la prevalencia de los tratados: la exigencia de interpretar conforme a ellos las normas internas, legales y reglamentarias. Directriz de “interpretación conforme” que, en aquellas ocasiones en que la norma internacional sea de aplicación directa, permitirá hallar en su caso la concordancia entre el tratado y la disposición legal; pero que resulta especialmente relevante en los supuestos en que las disposiciones de los tratados no sean susceptibles de aplicación directa, pues podrán encontrar al menos un limitado cumplimiento, como criterio de interpretación de las normas internas incluso discordantes, en tanto los poderes públicos no lleven a cabo el mandato de adoptar las medidas –legislativas y de otra índole– precisas para su ejecución (artículo 30 LTAI, apartados 2 y 3).

⁹ Cfr. en este sentido el interesante voto particular del Magistrado Preciado Doménech a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2015, en la que se discute la aplicación directa del artículo 4.4 de la Carta Social Europea (“Las Partes Contratantes se comprometen... a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”): frente a la tesis sostenida por la mayoría, que niega la aplicación directa por entender que la Carta “no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares, sino que sólo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido”, el voto particular realiza una detallada argumentación en favor de la aplicación directa, invocando los preceptos de la LTAI citados en el texto, y poniendo de relieve que la norma en cuestión –aun cuando confiera a los Estados un margen de apreciación en la determinación del plazo “razonable” de preaviso- resulta indudablemente clara en cuanto a la exigencia de un plazo, requisito que se encuentra en cambio omitido en el contrato de emprendedores regulado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (artículo 4), al que se refiere el caso.



Debe señalarse, finalmente, que los tratados internacionales de derechos humanos, entre los que se incluye la Convención, revisten en nuestro ordenamiento una singular relevancia constitucional, pues, en virtud del artículo 10.2 CE, constituyen el parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Esta función hermenéutica es esencialmente distinta de la mencionada en el párrafo anterior: por un lado, no se proyecta tan sólo sobre las normas legales y reglamentarias, sino incluso sobre las propias disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales; por otro lado, y en la medida en que tales disposiciones son normalmente genéricas e imprecisas, lo que opera el artículo 10.2 es propiamente una remisión, en virtud de la cual se reciben en nuestro ordenamiento las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos como normas constitucionales, siempre y cuando se refieran a derechos fundamentales que la Constitución reconoce y no sean contrarias a las normas constitucionales explícitas¹⁰. En el caso de la Convención, este cauce de recepción resulta particularmente importante, pues las disposiciones de la Convención definen el contenido y alcance concretos, para las personas con discapacidad, de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, y especifican las medidas que deben adoptar los poderes públicos para favorecer su ejercicio efectivo y para remover los obstáculos que lo impiden, medidas que entran por tanto a formar parte del contenido constitucionalmente declarado del derecho fundamental.

¹⁰No se opone a la tesis enunciada en el texto la insistencia del Tribunal Constitucional en que los tratados y acuerdos internacionales a los que se remite el artículo 10.2 “no poseen rango constitucional y, por tanto, no constituyen canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley” (vg. STC 292/2000, de 30 de noviembre, fundamento jurídico 3º), pues por otra parte ha afirmado que “constituyen valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce, de suerte que habrán de tomarse en consideración para corroborar el sentido y alcance del específico derecho fundamental que ha reconocido nuestra Constitución” (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, fundamento jurídico 6º), lo que le ha obligado a reconocer que “configuran de alguna manera el canon de constitucionalidad, aun cuando sin carácter autónomo” (STC 50/1995, de 23 de febrero, fundamento jurídico 4º): en otras palabras, son canon de constitucionalidad –y así vienen funcionando en la práctica- en la medida en que complementan –y no contradicen- la regulación constitucional de un derecho fundamental que nuestra Constitución reconoce.



2. ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES FRICCIONES ENTRE LA CONVENCION Y LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

En el epígrafe anterior se ha tratado de precisar la posición de la Convención en el ordenamiento jurídico español, que será el prisma desde el que se analizarán los principales conflictos entre las disposiciones de la Convención y nuestra legislación estatal. Por razones de espacio, no se abordarán todas las discordancias que pueden detectarse, sino que me limitaré a una selección de aquellas que considero especialmente relevantes¹¹, por la materia a que se refieren y por existir una oposición particularmente manifiesta entre la Convención y la legislación española. Asimismo, parece oportuno señalar que cada una de las cuestiones a examinar sería susceptible de un tratamiento mucho más detenido que el que permiten estas páginas; por ello, en relación con cada una de ellas me limitaré a mostrar la existencia de una contradicción entre la Convención y la ley española, y a proporcionar, en su caso, algunas orientaciones para su solución, que puedan resultar también útiles para la aplicación judicial de la Convención. Por lo demás, para el examen de los diversos conflictos seguiré el orden de los preceptos de la Convención que resultan vulnerados.

2.1. El aborto por razón de discapacidad.

Como es bien sabido, el artículo 417 bis del Código penal vigente hasta el año 2010 contemplaba como una de las causas que excluían la punibilidad del aborto “que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación” (párrafo 3º); la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo,

¹¹ Entre las discordancias que no van a ser abordadas, pueden citarse por ejemplo el baremo de discapacidad regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que resulta incoherente con el concepto de discapacidad recogido en el Preámbulo y en el artículo 1 de la Convención por relacionar de forma casi exclusiva la discapacidad con las limitaciones funcionales, siguiendo los parámetros del modelo médico; y la esterilización forzosa de personas con discapacidad autorizada por el artículo 156 del Código penal, que lesiona el artículo 23.1.c de la Convención: sobre esta última cfr. MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad*, prólogo de A. Durán, Madrid, Cinca, 2015, págs. 65-82.



de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que sustituyó a la regulación precedente, y liberalizó completamente el aborto en las primeras catorce semanas de gestación, lo permite también hasta la vigesimosegunda semana “siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto” (artículo 15 b), e incluso con posterioridad, hasta el final de la gestación, “cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico” (artículo 15 c). Por supuesto, la legalización general del aborto durante las primeras catorce semanas de gestación no plantea problema alguno desde la perspectiva de la Convención; lo plantea, en cambio, como trataré de mostrar, la existencia de una causa de licitud del aborto por encima de la decimocuarta semana únicamente motivada en la discapacidad del *nasciturus*.

Agustina Palacios ha identificado una amplia serie de preceptos de la Convención que resultan lesionados por la permisón del aborto eugenésico, como la que opera la Ley española citada¹². Puede ser suficiente, no obstante, hacer referencia a dos vulneraciones: a) el aborto eugenésico constituye una discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el artículo 5 de la Convención; b) la licitud del aborto eugenésico lesiona el artículo 10 de la Convención, que reconoce el derecho a la vida de las personas con discapacidad.

En primer lugar, el aborto eugenésico constituye una discriminación por razón de discapacidad. Conviene poner de relieve que este argumento no exige admitir que el concebido y no nacido es persona (y, por tanto, titular de derechos). Desde luego, si se niega que el *nasciturus* sea persona –como viene a sostener nuestro Tribunal Constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril, fundamentos jurídicos 6º y 7º)–, resultará problemático afirmar que el *nasciturus* mismo sea víctima de una discriminación, pues sólo las personas son titulares del derecho a la igualdad, y así lo apunta el artículo 5.1 de la Convención¹³.

¹² PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, en PEREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, Madrid, Cinca, 2010, págs. 577-587. Un desarrollo de esta cuestión también en MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis, *Derechos fundamentales y discapacidad*, cit., págs. 43-63.

¹³ A pesar de ello, Agustina Palacios ha puesto de relieve que la cláusula antidiscriminatoria contenida en la



Pero la licitud del aborto eugenésico constituye una discriminación de las personas con discapacidad *en su conjunto*. En efecto, si se permite la supresión de la vida del *nasciturus* exclusivamente por razón de una característica singular del mismo consistente en su anomalía o discapacidad cuando la misma se prohíbe en los restantes casos, se viola el derecho a la igualdad del conjunto de las personas con discapacidad y se produce en su perjuicio una diferencia de trato arbitraria e irrazonable, es decir, una discriminación, al establecer el Derecho respecto de ellas que tienen una menor expectativa de existir y una menor protección jurídica en un aspecto concreto. La prohibición de discriminación comporta un mandato de parificación, de tal forma que cualquier diferenciación en detrimento de un grupo fundada en razones especialmente rechazables es una discriminación aunque no se traduzca en un perjuicio directo e inmediato¹⁴; ello al margen de que, según se ha constatado, “la aceptación del aborto eugenésico también tiene consecuencias para quienes escapan a la muerte antes del nacimiento”, es decir, también les produce perjuicios directos, por ejemplo la frecuente omisión de tratamientos médicos a los recién nacidos con discapacidad¹⁵.

En segundo lugar, la licitud del aborto eugenésico lesiona el artículo 10 de la Convención, que dispone: “Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Ciertamente, no se han acogido en este precepto las propuestas formuladas durante el proceso de elaboración de la Convención que pretendían que se protegiese de manera ex-

Convención se expresa en términos muy amplios, que no sólo protegen a la persona con discapacidad, sino que vedan –como afirma textualmente el artículo 5.2– “toda discriminación por motivos de discapacidad”, expresión en la que debe entenderse incluido también el trato desigual del feto o de la vida prenatal o potencial, siempre que el motivo del mismo sea la discapacidad: cfr. PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico...?”, cit., pág. 585.

¹⁴ Cfr. CERDA, Carmen, “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51 (2005), págs. 215-217.

¹⁵ DAVIS, Alison, “A disabled person’s perspective on eugenic abortion”, en *Papers of the Society for the Protection of Unborn Children*, 2003, pág. 7.



presa el derecho a la vida desde el momento de la concepción, lo que resulta comprensible si se tiene en cuenta que en muchos países se encuentra permitido el aborto¹⁶; ahora bien, resulta interesante apreciar que el precepto reconoce el derecho a la vida a todos los seres humanos –lo que apuntaría hacia el reconocimiento de la condición de titular de derechos, es decir, de persona, a todo miembro de la especie biológica humana, y por tanto también al concebido y no nacido, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal Constitucional español, si bien no es ésta, por supuesto, una cuestión sobre la que la Convención se pronuncie explícitamente–, declaración desde la que debe interpretarse el segundo inciso del precepto, que es el más relevante a nuestro propósito, en el que se exige garantizar la igualdad de condiciones en el goce del derecho a la vida entre las personas con discapacidad y las demás, y por tanto, y a la luz de la afirmación previa, la igualdad de condiciones entre los *nasciturus* con discapacidad y los demás. En aquellos países, como el nuestro, en los que se estime que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida, pero la vida del *nasciturus* es un bien jurídico protegido (que es lo que defiende la citada STC 53/1985), el artículo 10 de la Convención exige garantizar la igualdad de condiciones en la protección del bien jurídico “vida del *nasciturus*” cuando se trata de un *nasciturus* con discapacidad y cuando se trata de cualquier otro *nasciturus*; lo que en nuestro Derecho, en virtud de la Ley Orgánica 2/2010, no sucede después de la decimocuarta semana de la gestación: a partir de ese momento, el bien jurídico constitucionalmente protegido “vida del *nasciturus* sin discapacidad” goza de una tutela más intensa que el bien jurídico “vida del *nasciturus* con discapacidad”.

Así pues, del citado artículo 10 se deduce la imposibilidad de permitir el aborto específicamente por razón de discapacidad cuando en otros casos no se encuentra permitido, como en España después de la decimocuarta semana: como se ha afirmado con toda precisión, “lo que está remarcando la Convención es que cuando hay una legislación que prohíbe el aborto porque considera

¹⁶ Sobre la génesis del artículo 10, cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, págs. 332-338.



que hay que proteger la vida de la persona por nacer, no puede ser que esa misma legislación lo permita en el caso de que sea una persona con discapacidad”¹⁷. En otras palabras: “lo que claramente elimina la Convención es la posibilidad de que se realicen distinciones basadas precisamente en la condición de discapacidad de este feto, *nasciturus* o persona por nacer (según las consideraciones de cada Estado)”¹⁸. Por todo ello, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en su primer Informe de Observaciones Finales a España sobre el cumplimiento de la Convención, denunció esta vulneración e instó a que se corrigiese. Concretamente, señala el Informe: “El Comité recomienda al Estado parte que suprima la distinción hecha en la Ley N° 2/2010 en cuanto al plazo dentro del cual la Ley permite que se interrumpa un embarazo por motivos de discapacidad exclusivamente”¹⁹.

Pienso que los argumentos expuestos conducen a afirmar que, para cumplir adecuadamente la Convención, el legislador español debería derogar las letras b) y c) del artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010. Asimismo, tales incisos habrían de ser declarados inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, sobre la base de la interpretación del artículo 15 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la vida, de conformidad con el artículo 10 de la Convención (debe recordarse, en este sentido, que se encuentra todavía pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad presentado en su día por Diputa-

¹⁷ CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*, 23 de junio de 2009, pág. 19. En cambio, discrepa de esta posición el Consejo de Estado, sin más argumentación que remitirse a los citados trabajos preparatorios de la Convención, en los que se rechazó la expresa inclusión del *nasciturus*, lo que le lleva a afirmar que “allí donde se considere que el *nasciturus* es titular de un derecho a la vida habrá de extendersele la protección de la Convención y la solución será la contraria si no se le considera como tal sujeto” (CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo*, 17 de septiembre de 2009, apartado VI), posición que no me parece sostenible por las razones señaladas en el texto. Recoge la tesis del Consejo de Estado y argumenta también la compatibilidad entre la Ley Orgánica 2/2010 y la Convención DE LORENZO GARCIA, Rafael, “La Convención, un desafío inaplazable”, en ALCÁIN MARTINEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, págs. 47-50.

¹⁸ PALACIOS, Agustina, “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad...?”, cit., pág. 587.

¹⁹ Este Informe, aprobado el 23 de septiembre de 2011, ha sido publicado en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Cinca, 2012, págs. 121-137. La observación transcrita es el núm. 18 del Informe (pág. 125).



dos del Grupo Parlamentario Popular contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, entre los que se incluyen los dos incisos cuestionados). Por lo demás, no es previsible que en relación con esta cuestión se susciten conflictos ante los Tribunales ordinarios, salvo por la vía indirecta de las reclamaciones de responsabilidad civil interpuestas por padres de hijos con discapacidad que recibieron un diagnóstico prenatal erróneo, y que alegan que, de haber conocido la discapacidad, habrían recurrido al aborto, esto es, las demandas denominadas de *wrongful birth*. Considero oportuno señalar, a este respecto, que la estimación de estas demandas constituye, a mi modo de ver, una flagrante violación del espíritu de la Convención, pues, suponen una perpetuación del prejuicio contra las personas con discapacidad, al entenderse que en algunos casos su nacimiento haya podido ser *wrongful*, es decir, equivocado, incorrecto o impropio: como se ha señalado con todo acierto, “las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* suponen una declaración colectiva, a través de una institución pública, de que la vida de un individuo con discapacidad es peor que la no existencia, y de que una persona razonable abortaría a un niño no nacido con esa característica”²⁰; no resultan coherentes, pues, con una disposición normativa internacional que pretende precisamente erradicar los prejuicios contra las personas con discapacidad, como señala de forma expresa su artículo 8.

2.2. El régimen de la incapacitación.

Se ha señalado por diversos autores que la regulación de la capacidad jurídica contenida en el artículo 12 constituye la aportación más innovadora de la Convención, y la que está llamada, por tanto, a ejercer potencialmente un mayor impacto sobre los ordenamientos nacionales²¹. En efecto, al obligar a

²⁰ HENSEL, Wendy, “The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions”, en *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 40 (2005), págs. 141-195 (la cita textual es de pág. 173), que realiza un detenido estudio del impacto negativo de estas acciones en las personas con discapacidad.

²¹ Cfr. vg. RECOVER BALBOA, Torcuato, “Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, en GARCIA GARNICA, María del Carmen (ed.), *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Madrid, Dykinson, 2014, págs. 22-23; PEREZ BUENO, Luis Cayo, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, en PEREZ BUENO, Luis Cayo (ed.), *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social*, cit., págs. 147-155, que llega a hablar del “enorme desafío que plantea el intrépido paso dado por el artículo 12 de la Convención” (pág. 150; el subrayado es nuestro).



los Estados a reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”, y afirmar que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, la Convención desautoriza todas aquellas regulaciones legislativas que permiten privar a las personas con discapacidad de su capacidad jurídica (expresión que, en la Convención, ha de entenderse como comprensiva de la “capacidad de obrar” –como se desprende claramente de la alusión al “ejercicio de la capacidad”–, esto es, no se refiere tan sólo a la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino que incluye la capacidad de realizar actos jurídicos o la capacidad para el ejercicio de los derechos²²), y que establecen un sistema de representación legal que implica la sustitución de las personas con discapacidad en la toma de decisiones.

Por lo que se refiere concretamente al Derecho español, que el régimen hasta ahora vigente en materia de incapacitación²³ se opone a la Convención se infiere con claridad, entre otros preceptos, de los artículos 200, 267 y 271 del Código civil. En efecto, el artículo 200 afirma que son causa de incapacitación “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, es decir, reconoce que la discapacidad –definida de acuerdo con los parámetros del modelo médico, vigente en el momento de la redacción de este precepto (incorporado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela)– puede ser una causa de privación de la capacidad jurídica. La persona que ha sido incapacitada judicialmente puede ser sujeta a tutela (artículo 215),

²² Cfr. BARIFFI, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, prólogo de J. M. Fernández, Madrid, Cinca, 2014, págs. 301-306; COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Observación general n° 1” (2014), n. 11.

²³ A lo largo de este epígrafe, utilizo los términos “incapacitación” e “incapacitado” porque son los que emplea el Código civil y los que definen el régimen legal, aun cuando la Disposición Final 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad), dispuso que los procedimientos de incapacitación pasarían a denominarse “de modificación de la capacidad de obrar”.



que supone la representación del incapacitado salvo para aquellos actos que excepcionalmente pueda realizar por sí mismo (artículo 267), representación que implica la adopción de decisiones en materias personales y patrimoniales –con las limitaciones que haya podido establecer la Sentencia de incapacitación– sin contar con el consentimiento del incapacitado, y por tanto sustituyéndole; en determinados casos –para la realización de actos de particular trascendencia, como la enajenación de bienes inmuebles o la disposición a título gratuito de bienes o derechos– los actos del tutor precisan autorización judicial, previa audiencia del tutelado, pero sin requerir tampoco su consentimiento (artículos 271 y 273). En el caso de que la incapacitación se haya producido antes de llegar a la mayoría de edad, o, posteriormente, si la persona incapacitada es soltera y vive con sus padres o con alguno de ellos, se produce la prórroga o rehabilitación de la patria potestad conforme al artículo 171. Salvo que en el caso concreto haya dispuesto otra cosa la resolución judicial de incapacitación, la intensidad de la sustitución de la capacidad jurídica es todavía mayor en la patria potestad prorrogada que en la tutela, pues en aquella sus titulares no precisan de autorización judicial para un conjunto tan amplio de actos como el tutor, sino tan sólo para los enunciados en el artículo 166. Por lo demás, “en atención a su grado de discernimiento”, según indica el artículo 287, la autoridad judicial puede decidir que la persona incapacitada sea sujeta a curatela, institución que resulta menos problemática, pues no implica la sustitución de la persona en la toma de decisiones, sino que constituye propiamente un complemento a su capacidad²⁴, a través de la asistencia del curador en los actos respecto a los que expresamente lo haya impuesto la Sentencia que la haya establecido, y, en defecto de esta especificación, en aquellos para los que los tutores precisan autorización judicial (artículos 289 y 290). No obstante, la actual regulación legislativa de la curatela no contempla la existencia de mecanismos de apoyo que permitan a la persona con discapacidad tomar sus propias decisiones, ni prevé expresamente las importantes salvaguar-

²⁴ Como se ha señalado con claridad, “la curatela no se instrumenta para *suplir* la capacidad de obrar del sometido a ella [que es lo que caracteriza a la tutela], sino para completarla en aquellos actos en que la ley lo requiera” (LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, *Elementos de Derecho Civil*, vol. IV, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2010, pág. 419; los subrayados son del texto).



das establecidas por el artículo 12.4 de la Convención, encaminadas a que las medidas para el ejercicio de la capacidad jurídica sean plenamente respetuosas con las preferencias e intereses de la persona con discapacidad.

Resulta evidente, pues, que las disposiciones de la Convención suponen un radical cambio de paradigma, y requieren por tanto una reforma integral de la regulación establecida por nuestra legislación civil en materia de incapacitación y tutela. Así lo entendió la Disposición Final 1ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, que dio al Gobierno un plazo de seis meses para remitir a las Cortes el correspondiente Proyecto de Ley de reforma, y nuevamente la Disposición Adicional 7ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dispuso: “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 artículo 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”. Por desgracia, ambos plazos han quedado sucesivamente incumplidos.

Concretamente, la Convención requiere pasar de un enfoque que contemplaba principalmente las causas que permitían la privación o limitación de la capacidad jurídica a otro que se centre en los medios para lograr el máximo ejercicio posible de la capacidad jurídica. Obliga al legislador a reconocer que todas las personas con discapacidad tienen capacidad para realizar actos jurídicos de cualquier naturaleza, y a arbitrar los medios necesarios para que cuenten con el apoyo que precisan en la adopción de sus propias decisiones y en la realización de esos actos, siempre con el objetivo de garantizar que se respeten plenamente sus preferencias. Naturalmente, esto significa, de entrada, suprimir de raíz las instituciones de la incapacitación, la tutela y la curatela (así como la posibilidad de prórroga de la patria potestad); y establecer una institución,



radicalmente nueva, a la que podría denominarse, como se ha sugerido, “provisión de apoyos para la toma de decisiones por las personas con discapacidad”. Pienso que, para ser conforme a la Convención, la regulación de esta institución ha de tener cuatro características esenciales: a) máximo respeto a la voluntad expresada por la persona con discapacidad, lo que obliga, por ejemplo, a que las personas designadas como prestadores de apoyo sean quienes el apoyado haya elegido, y a que el prestador de apoyo, que habrá de ocuparse principalmente de prestar información y asesoramiento al apoyado sobre sus actos y las consecuencias de éstos, no se aparte de las decisiones del apoyado, tanto en asuntos personales como patrimoniales, salvo en relación con actos particularmente graves y por causas justificadas; b) necesidad de impedir cualquier abuso a que pueda exponerse la persona con discapacidad, lo que se traduce en la exigencia de contar con el consentimiento del prestador de apoyo para la validez de los actos jurídicos respecto a los que así se haya determinado; c) gradualidad y flexibilidad, de suerte que el sistema de provisión de apoyos se adapte a las específicas circunstancias y necesidades de cada persona; y d) revisión periódica por la autoridad judicial, tanto del funcionamiento del sistema de provisión de apoyos como de la idoneidad de su mantenimiento, modificación o cese²⁵.

Entre tanto no se lleve a cabo la reforma legislativa mencionada, debe entenderse que el artículo 12 de la Convención no es de aplicación directa, pues parece obvio que su aplicación queda condicionada a la aprobación de las disposiciones legales correspondientes, dado que el precepto no define de forma precisa cómo ha de configurarse el modelo de apoyo a la toma de decisiones por las personas con discapacidad, dejando un amplio margen de apreciación

²⁵ Un desarrollo de las características del nuevo sistema de provisión de apoyos que habría de establecerse puede encontrarse también en PEREZ BUENO, Luis Cayo, “La capacidad jurídica a la luz de la Convención...”, cit., págs. 157-162; CUENCA GOMEZ, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, prólogo de R. de Asís, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012, págs. 213-214. Existe ya una “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, elaborada por una Subcomisión de Expertos creada en el seno del Real Patronato sobre Discapacidad, y publicada en 2013, que responde sustancialmente a las notas indicadas; puede consultarse en la página web de la Fundación Aequitas: <http://aequitas.notariado.org/liferay/web/aequitas/documentacion/trabajos-y-ponencias>.



a los Estados. Pero, como se ha señalado en el primer apartado de este estudio, el que la norma convencional no sea de aplicación directa no excluye que las normas internas deban ser interpretadas conforme a ella. En relación con esta materia ello significa, en mi opinión, que en todos los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar que se tramiten durante la vigencia de la regulación actual deberá optarse por la institución de la curatela, que no supone la sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones; lo que sí se da en la tutela, que se opone por tanto netamente al artículo 12 de la Convención²⁶. No ha sido ese, sin embargo, el criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha entendido, por el contrario, que nuestra legislación civil es plenamente conforme con la Convención. Así lo señaló prontamente la STS de 29 de abril de 2009, que, con una argumentación poco rigurosa –en la que, a pesar de la invocación retórica, no se presta atención al texto del artículo 12–, justifica la incapacitación, y la sujeción a tutela, sobre la base de que constituye una medida de protección, y de que no es discriminatoria, porque “la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias”, doctrina que ha sido reiterada en numerosas Sentencias posteriores²⁷. No obstante, debe reseñarse asimismo que –en una línea jurisprudencial que se inicia con la STS de 24 de junio de 2013– la aplicación de la Convención ha motivado que el Tribunal Supremo haya sido más estricto en la aplicación de la tutela, optando generalmente por la curatela siempre que la persona con discapacidad conserve algún grado de autonomía para las actividades de la vida diaria²⁸.

En relación con la capacidad jurídica, quisiera hacer referencia finalmente a una cuestión en la que ha incidido una reciente modificación legislativa: la capacidad para contraer matrimonio. El artículo 23.1 de la Convención obliga

²⁶ En este sentido, ha señalado la Fiscalía General del Estado que “la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquellas” (Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, n. 3).

²⁷ Cfr. vg. Sentencias de 11 de octubre de 2012 y 18 de diciembre de 2015, entre muchas otras.

²⁸ Cfr. también, en este sentido, Sentencias de 20 de octubre de 2014 y 14 de octubre de 2015, entre otras.



a los Estados a asegurar que “se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”. En esta materia, el criterio que ha prevalecido en nuestro ordenamiento jurídico es que la capacidad para contraer matrimonio no se ve afectada de modo automático por la incapacitación judicial –ya sea con sujeción a tutela o a curatela–, si bien ha de existir en los cónyuges la capacidad natural para prestar consentimiento, pues el matrimonio se fundamenta, como reconoce la Convención, en el consentimiento libre y pleno de los contrayentes. Por ello, el artículo 56 del Código civil señala en su segundo párrafo que, durante la tramitación del expediente matrimonial, “si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”, cautela que parece razonable, si bien sería deseable que el precepto estuviese redactado en términos neutros, que no hiciesen referencia expresa a la discapacidad (una posible redacción alternativa sería: “si el Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil que esté tramitando el expediente tuviere dudas sobre la aptitud de alguno de los contrayentes para prestar el consentimiento, podrá requerir un dictamen al respecto”). Ahora bien, lo que carece completamente de sentido es que se exija ese dictamen a las personas con discapacidad sensorial, como ha añadido el nuevo artículo 56 del Código civil, en la redacción dada por la Disposición Final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (que entra en vigor el 30 de junio de 2017)²⁹. La capacidad natural para contraer matrimonio no se ve afectada en absoluto por el solo hecho de que exista una deficiencia sensorial, por lo que la introducción de este nuevo requisito, que constituye una traba en el acceso al matrimonio de las personas con discapacidad sensorial e introduce una sospecha absolutamente injustificada, lesiona el artículo 23.1 de la Convención, supone un paso atrás en la garantía de los derechos de las personas con discapacidad, y constituye una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención.

²⁹ La nueva redacción del segundo párrafo del artículo 56 del Código civil es literalmente la siguiente: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.



2.3. El internamiento no voluntario.

El artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) regula el denominado “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”, que tiene dos modalidades: el internamiento ordinario, que requiere autorización judicial, y el internamiento urgente, en cuyo caso se adopta la medida de forma inmediata, y el responsable del centro en el que se hubiere producido debe comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas, y ésta debe ratificarlo en el plazo de setenta y dos horas desde que tuvo conocimiento de él³⁰. El Tribunal Constitucional, recogiendo la doctrina formulada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado reiteradamente tres requisitos básicos para la aplicación de esta medida: “Haberse probado de manera convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un dictamen pericial médico objetivo, la existencia de una perturbación mental real; b) que ésta revista un carácter o amplitud que legitime el internamiento; y c) dado que los motivos que originariamente justificaron esta decisión pueden dejar de existir, es preciso averiguar si tal perturbación persiste y en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos, es decir, no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo”³¹.

El precepto citado vulnera de forma patente el artículo 14.1 de la Convención, que obliga a los Estados a asegurar que “las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, disfruten del derecho a la libertad” (apartado a) y que “la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” (apartado b). Que el internamiento forzoso regulado por el artículo 763 LEC constituye una medida de privación de la libertad personal lo ha confirmado de forma expresa, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional, que por esta razón ha exigido precisamente

³⁰ A este precepto le ha conferido carácter orgánico el artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en cumplimiento de la STC 132/2010, de 2 de diciembre, que declaró su inconstitucionalidad por no tener ese carácter.

³¹ Así vg. en STC 112/1988, de 8 de junio, fundamento jurídico tercero, reiterada por otras posteriores.



que su regulación se lleve a cabo por Ley Orgánica (STC 132/2010, de 2 de diciembre, fundamento jurídico 2º). Que el motivo de esa privación de libertad es la existencia de una discapacidad resulta también obvio, pues los únicos requisitos que se exigen en el citado precepto –y también en la doctrina del Tribunal Constitucional citada en el párrafo anterior– para proceder a ella es la existencia de un “trastorno psíquico” (expresión que, como se ha señalado, se interpreta en la práctica en un sentido muy amplio, “abarcando un gran espectro de discapacidades mentales e intelectuales”³²), y que la persona no se encuentre en condiciones de decidir el internamiento por sí misma. Por lo tanto, nos encontramos ante una medida que se encuadra claramente en el ámbito de la prohibición contenida en el artículo 14.1 b) de la Convención³³. Por ello, esta vulneración fue denunciada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU en su Informe de Observaciones Finales a España, ya citado en estas páginas, que señala: “El Comité toma nota del régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial («enfermedad mental»), en establecimientos especiales. Le preocupa que, según se informa, se tienda a recurrir a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas (...). 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”³⁴.

³² CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompañarse a los mandatos de la Convención. Libertad personal”, en ALCAIN MARTINEZ, Esperanza (dir.), *La Convención Internacional...*, cit., pág. 154.

³³ Como se ha señalado, “el artículo 14 no prohíbe al Estado la posibilidad de ingresar involuntariamente a personas para tratamientos médicos, pero sí prohíbe que dichas medidas se apliquen por ‘motivo de discapacidad’, es decir, exclusivamente respecto de personas con discapacidad” (BARIFFI, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., pág. 324; un detenido análisis del artículo 14, en relación con la cuestión planteada, en págs. 323-335).

³⁴ CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2011*, cit., pág. 131 (núms. 35 y 36 del Informe).



Así pues, para resolver esta fricción entre la Convención y la legislación española, debería procederse a la derogación del artículo 763 LEC, remitiendo el tratamiento de esta situación a la legislación sanitaria general³⁵. En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica reguladora de la Autonomía del Paciente (en adelante, LBAP) –que establece como regla general la exigencia de consentimiento del paciente para cualquier actuación en el ámbito de su salud (artículo 8.1)– prevé la posibilidad de que se lleven a cabo intervenciones clínicas indispensables sin contar con el consentimiento del afectado “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él” (artículo 9.2 b); y prevé, asimismo, la posibilidad del consentimiento por representación “cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación” (artículo 9.3.b). No obstante, en relación con el consentimiento por representación los apartados 4 y 5 del precepto añaden que “la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente” y que “la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender... El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

A la luz de esta normativa resulta claro, pues, que caben intervenciones clínicas no consentidas por el afectado, que pueden incluir el internamiento, bien porque sean indispensables para evitar un riesgo inmediato grave para la inte-

³⁵ Cfr. REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12...”, cit., que argumenta la necesidad de esta derogación –y de la aplicación a la enfermedad mental de la legislación sanitaria general– en págs. 52-57 de la Memoria justificativa.



gridad física o psíquica del enfermo, bien porque el paciente no sea en ese momento capaz de tomar decisiones o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y el consentimiento sea entonces prestado por representación (por su representante legal o las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho). Esta misma disciplina debería aplicarse también a las situaciones de salud mental. No obstante, si se deroga el artículo 763 LEC, para evitar que esta modificación legal suponga una pérdida de garantías debería a la vez reformarse el artículo 9 LBAP para incorporar las que hoy reviste la medida de internamiento no voluntario -concretamente la exigencia de autorización judicial, al menos para los internamientos que superen un determinado plazo, o que no tengan como finalidad la simple realización de una intervención o tratamiento puntual y temporalmente acotado-, o bien incorporarse a la LEC un nuevo procedimiento para la autorización judicial de cualquier internamiento no voluntario por razones de salud (también, por ejemplo, el internamiento obligatorio de pacientes con enfermedades infecto-contagiosas cuando exista peligro para la salud pública, al que se refiere el artículo 9.2.a LBAP)³⁶.

Puede parecer que la reforma legal que acaba de sugerirse tiene muy escasa trascendencia práctica, pues, al fin y al cabo, ya se regule en la legislación sanitaria general o cuente con una normativa específica, seguirá existiendo la posibilidad de ingreso involuntario de las personas con enfermedad mental en centros sanitarios o asistenciales. No sería correcta esta impresión, pues entre el régimen vigente y el que se propone existen, al menos, tres diferencias sustanciales. En primer lugar, la mera existencia de una normativa específica, únicamente aplicable a las personas con enfermedad mental, entraña el riesgo de

³⁶ Se ha señalado incluso la necesidad de una regulación general de los tratamientos sanitarios involuntarios, más amplia que las escasas previsiones del artículo 9 LBAP: cfr. BARRIOS FLORES, Luis Fernando, “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, en *Derecho y Salud*, 22 (2012), págs. 55-56.

Quisiera indicar, por lo demás, que el artículo 9 de la Ley 41/2002 debe ser modificado también para suprimir el segundo de los supuestos en los que cabe el consentimiento por representación (letra b del apartado 3: “cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia”), que evidencia una sustitución de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, y para hacerlo coherente con el sistema de provisión de apoyos que finalmente se regule, según se ha explicado en el apartado anterior de este artículo.



perpetuar la estigmatización y marginación a que estas personas han sido sometidas históricamente³⁷. En segundo lugar, mientras que el internamiento forzoso regulado por el artículo 763 LEC puede justificarse, según la doctrina del Tribunal Constitucional, por razones de seguridad para el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con el artículo 9 LBAP las intervenciones clínicas no consentidas sólo se legitiman por su conveniencia para la salud física o psíquica del propio paciente; la asimilación de los internamientos de personas con enfermedad mental a cualesquiera otros ingresos clínicos conducirá, además, a concebir aquéllos únicamente como remedios a específicos problemas de salud, temporalmente limitados, poniendo fin a la frecuente práctica de los internamientos forzosos indefinidos, que a veces se prolongan durante toda la vida, y a los que, en no pocas ocasiones, se encuentran asociadas graves vulneraciones de los derechos humanos de las personas internadas, como reiteradamente ha venido poniendo de manifiesto el CERMI en sus informes anuales sobre el cumplimiento de la Convención³⁸. Finalmente, la reforma propuesta impedirá que, como viene sucediendo hasta ahora, se utilice el cauce del artículo 763 LEC para autorizar el ingreso de personas con discapacidad intelectual en Centros asistenciales³⁹—carente por tanto de cualquier conexión con problemas de salud—, que, por el contrario, conforme a la Convención ha de contar siempre con su consentimiento.

Mientras no se proceda a la modificación legislativa sugerida, y a pesar de que el artículo 14.1 b) de la Convención puede ser considerado de aplicación directa—pues establece una prohibición precisa e incondicional, en otras palabras, reconoce de forma precisa e incondicional el derecho de las personas con discapacidad a no ser privadas de libertad por razón de su discapacidad—, pienso que la solución más adecuada no es la inaplicación del artículo 763 LEC (lo que crearía un problemático vacío normativo en relación con los interna-

³⁷ Cfr. en este sentido FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy, *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*, Madrid, Cinca, 2006, págs. 182-183.

³⁸ Se denuncian situaciones de este tipo en la práctica totalidad de los informes: cfr. *Informe 2008*, págs. 26-27; *Informe 2009*, págs. 37-39; *Informe 2011*, págs. 53-54; *Informe 2013*, págs. 40-44.

³⁹ Así se denuncia en REAL PATRONATO SOBRE DISCAPACIDAD, “Propuesta articulada de reforma del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su adecuación al artículo 12...”, cit., págs. 55-56.



mientos involuntarios que pudiesen estar justificados por razones de salud), sino la interpretación de este precepto de conformidad con la Convención y en coherencia por tanto con el régimen establecido por el artículo 9 LBAP: lo que supone, en consecuencia, como se ha venido señalando, restringir los internamientos involuntarios a aquellos supuestos en que sean necesarios, o al menos muy convenientes, para preservar la salud física o psíquica de la persona afectada, con la menor duración posible, y tratando siempre de que la propia persona con discapacidad pueda prestar su consentimiento⁴⁰. Llama la atención, sin embargo, que el Tribunal Constitucional, que desde la entrada en vigor de la Convención ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el internamiento no voluntario regulado por el artículo 763 LEC en un total de seis ocasiones (en cinco recursos de amparo y una cuestión de inconstitucionalidad), en ninguna de ellas ha hecho referencia a la Convención –que tampoco ha sido invocada por los demandantes de amparo (el Juzgado proponente de la cuestión de constitucionalidad no pudo hacerlo, pues fue planteada con anterioridad a la Convención)–, lo que habría resultado obligado en cumplimiento del criterio hermenéutico recogido en el artículo 10.2 CE, que en este caso exigiría analizar el derecho a la libertad personal reconocido por el artículo 17 CE a la luz del artículo 14 de la Convención, y confrontar por tanto con este último la medida contemplada en el artículo 763 LEC⁴¹. Queda pendiente, pues, un pronunciamiento judicial acerca de esta cuestión.

⁴⁰ Por lo demás, en la medida en que se desarrollen adecuadamente programas de intervención terapéutica de las personas con enfermedad mental en el ámbito familiar y comunitario, dejarán de ser necesarios en la inmensa mayoría de los casos los internamientos involuntarios: cfr. el documento “Medidas terapéuticas para evitar tener que recurrir a medidas coactivas”, elaborado por la Confederación Española de Agrupaciones de Familiares y Personas con Enfermedad Mental (FEAFES); incluido en CERMI, *Derechos humanos y discapacidad. Informe España 2013*, págs. 173-180.

⁴¹ Cfr. SSTC 141/2012, de 2 de julio; 182/2015, de 7 de septiembre, 13/2016 de 1 de febrero; 22/2016, de 15 de febrero; 50/2016, de 14 de marzo; y 132/2010, de 2 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad). Es cierto que en todas estas Sentencias se enjuician básicamente cuestiones formales (el rango orgánico del artículo 763, o infracciones en el procedimiento de autorización judicial), pero al menos en una de ellas (141/2012) se profundiza también en la justificación de la medida de internamiento, y se invocan de hecho otros convenios internacionales (entre otros, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), sin tener en cuenta que el artículo 14 de la Convención ha supuesto también una innovación en la normativa internacional de derechos humanos (cfr. a este respecto BARIFFI, Francisco José, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica...*, cit., págs. 331-332).



2.4. La escolarización forzosa en centros de educación especial.

El artículo 24 de la Convención obliga a los Estados parte a asegurar “un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”, exigiendo su apartado segundo que se garantice que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad”, y que “puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”. Como ha señalado el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, este precepto configura una “cláusula contra el rechazo”, que debe ser considerada “de efecto inmediato” (de aplicación directa, en la denominación utilizada en Derecho español), y que obliga a la legislación en materia de educación a prohibir la denegación de la admisión en la enseñanza general por razón de discapacidad⁴².

La legislación educativa española no contiene esa garantía. Por el contrario, el artículo 74.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, instituye en el sistema educativo público una doble modalidad de escolarización para las personas con discapacidad (centros ordinarios/educación especial); y, aun cuando el artículo 84.1 de la misma Ley establece que “las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores”, lo cierto es que los procedimientos de escolarización regulados por las disposiciones reglamentarias estatales y autonómicas encomiendan la decisión sobre la escolarización en centros ordinarios o centros de educación especial a una resolución de la Administración educativa, basada en un dictamen de escolarización elaborado por los servicios de orientación educativa correspondientes y en un informe de la Inspección educativa; en todo ese procedimiento suele estar prevista la participación de los padres, pero sin que su opinión sea en ningún caso determinante⁴³. Esta situación ha sido legalmente sancionada,

⁴² Cfr. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación”, 18 de diciembre de 2013, n. 26.

⁴³ Un extenso análisis de esa normativa en ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SANCHEZ DO-PICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*, Madrid, Cinca, 2011, págs. 94-118.



de forma más reciente, por el artículo 18.3 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), que dispone que “la escolarización de este alumnado en centros de educación especial o unidades sustitutorias de los mismos sólo se llevará a cabo cuando excepcionalmente sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios y tomando en consideración la opinión de los padres o tutores legales”, lo que evidencia que los padres no tienen capacidad de decisión, sino que ésta corresponde a la Administración educativa.

Nos encontramos, pues, ante una doble vulneración de la Convención. Por un lado, es contraria a la Convención la propia existencia de una doble modalidad educativa en el sistema educativo público, pues la Convención obliga a los Estados a asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles; pero, además, constituye una lesión significativamente más grave de la Convención la posibilidad de que la decisión de escolarizar a un niño o niña en educación especial sea adoptada contra la voluntad de los padres, esto es, la segregación forzosa de personas con discapacidad en centros de educación especial.

La corrección de la primera de las vulneraciones mencionadas exigiría, como es lógico, una reforma de la legislación educativa, que además no podría suponer la inmediata supresión de los centros de educación especial, y la incorporación de las alumnas y alumnos de estos centros a los centros ordinarios, pues difícilmente podrían absorber este alumnado de forma repentina, máxime cuando en muchos casos no cuentan con las adaptaciones y medidas de apoyo necesarias para prestar una adecuada atención a los estudiantes con discapacidad; sino que habría de contemplar un Plan de Transición a la Convención que –como el que acertadamente han propuesto María José Alonso e Inés de Araoz⁴⁴– incluyese la paulatina transformación de los actuales centros de educación especial en centros de recursos para el apoyo a la inclusión de las personas con discapacidad, abiertos a toda la comunidad educativa.

⁴⁴ ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SÁNCHEZ DOPICO, Inés de, *El impacto de la Convención Internacional...*, cit., págs. 193-215.



En cambio, entre tanto no se produzca esa reforma legislativa, la segunda de las vulneraciones señaladas podría ser corregida de forma directa en vía judicial. Como ya se ha mencionado, la denominada “cláusula contra el rechazo” es de aplicación directa, pues, en efecto, el artículo 24 de la Convención establece de forma precisa e incondicional el derecho de las personas con discapacidad a acceder a la educación ordinaria; por tanto, la decisión de escolarizar a un niño o niña con discapacidad en un centro de educación especial contra la voluntad de sus padres o representantes legales debería ser anulada por los Tribunales, en aplicación de la Convención.

Sin embargo, por desgracia no ha sido ese el criterio seguido por el Tribunal Constitucional en una de las primeras Sentencias en que aplica la Convención: la STC 10/2014, de 27 de enero, en la que se resuelve sobre la pretensión de los padres de un menor con trastorno del espectro autista de que se anule la resolución de escolarización en Centro de educación especial, dictada por la Comisión de escolarización de su provincia de residencia contra la expresa voluntad de los padres.

Sin lugar a dudas, esta Sentencia da un pequeño paso adelante, pues formula una interpretación restrictiva del art. 74.1 de la Ley Orgánica de Educación a la luz de la Convención, en virtud de la cual sólo cabrá la escolarización en educación especial cuando la integración en un centro ordinario exija ajustes desproporcionados o irrazonables y así se haya motivado expresamente. Concretamente, señala el Tribunal: “De la normativa anterior [del artículo 27 CE interpretado a la luz del artículo 24 de la Convención] se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados..., dicha Administra-



ción deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario” (fundamento jurídico 4º).

Ahora bien, al margen de que el Tribunal falla en la aplicación de su propia doctrina al caso –pues afirma posteriormente que, si los informes psicopedagógicos indican que lo más adecuado para el menor es la escolarización en un Centro de educación especial, no es necesario examinar si los ajustes que requeriría su incorporación a un Centro ordinario son desproporcionados o no–, parece evidente que la Sentencia se queda a medio camino, pues, como se ha señalado, “primero se ha de aplicar la cláusula contra el rechazo en la escuela ordinaria, y después es cuando se estudian los apoyos personalizados que se precisan y el posible ajuste razonable, si fuera preciso”⁴⁵. No obstante, lo cierto es que esta Sentencia ha abierto el camino a la anulación judicial de resoluciones de escolarización en educación especial, aun existiendo informes psicopedagógicos que la aconsejan, al no probarse que los ajustes requeridos son desproporcionados⁴⁶. Pero es preciso dar un paso más, y, en aplicación de la cláusula contra el rechazo contenida en el artículo 24 de la Convención, estimar contraria a Derecho cualquier resolución de escolarización en educación especial adoptada contra la voluntad de los padres o representantes legales.

2.5. La privación del derecho de sufragio.

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG) contempla como causas de privación del derecho de sufragio la declaración de incapacidad por sentencia judicial firme, siempre que en ella se declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio (apartado b); y el internamiento en hospital psi-

⁴⁵ ALONSO PARREÑO, María José, “Derecho a la educación”, en ARENAS, Fernando – CABRA DE LUNA, Miguel Angel (eds.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, Madrid, La Ley, 2015, pág. 389.

⁴⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de noviembre de 2014.



quiátrico con autorización judicial, siempre que ésta declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio (apartado c). La primera de las dos causas mencionadas es la verdaderamente relevante (en las elecciones generales del 26 de junio de 2016 ha afectado a un total de 98.488 personas, según los datos proporcionados al CERMI por la Junta Electoral Central⁴⁷), pues resulta en cambio sumamente raro que en la autorización judicial para el internamiento no voluntario, a que se ha hecho referencia con anterioridad en estas páginas, se incluya disposición alguna sobre el derecho de sufragio⁴⁸, máxime cuando tal medida se aplica normalmente a personas que han sido objeto –o van a serlo, pues lo promoverá el Ministerio Fiscal– de un proceso de modificación de la capacidad.

Resulta patente e inequívoca la contradicción entre el artículo 3 LOREG y el artículo 29 de la Convención, que en su apartado a) establece: “los Estados Partes se comprometen a asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas”. No puede interpretarse, como parece dar a entender alguna Sentencia judicial que más adelante se comentará, que la medida contemplada por el artículo 3 LOREG es compatible con la Convención en tanto que no afecta a la titularidad del derecho de sufragio sino meramente a su ejercicio, pues, al hablar del derecho “y la posibilidad”, la Convención está afirmando de modo taxativo que las personas con discapacidad no sólo tienen que ver reconocido su derecho al voto, sino que han de tener la posibilidad efectiva de ejercerlo, lo que por supuesto excluye que puedan ser privadas de él, y a fortiori exige la adopción de medidas activas que permitan garantizarlo en la práctica (tales como, por ejemplo, la accesibilidad física de los locales electorales o la impresión de las papeletas de voto en braille). Nos encontramos ante uno de los preceptos de la Convención que con mayor cla-

⁴⁷ CERMI, “Casi el 53 por ciento de las personas con discapacidad privadas de voto son mujeres”, 29 de junio de 2016: cfr. <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7852>.

⁴⁸ Así lo señala también DIAZ ALABART, Silvia, “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, en *Revista de Derecho Privado*, 96 (1-2012), págs. 10-12.



ridad puede ser considerado de aplicación directa, pues cumple sin ningún género de dudas con el requisito de la incondicionalidad: reconoce de forma incondicional y precisa un derecho a los particulares —el derecho a votar— y establece para los Estados la precisa obligación de que ese derecho sea reconocido. Además, no existe posibilidad alguna de una interpretación armonizadora del artículo 3.1 LOREG y el artículo 29 de la Convención, pues, como se ha señalado, existe entre ambas normas una manifiesta oposición, dado que prescriben soluciones netamente incompatibles: una de ellas permite privar del derecho de sufragio a las personas con discapacidad, y otra lo prohíbe.

Por las razones señaladas, los Tribunales deberían haber decidido, desde la entrada en vigor de la Convención, la inaplicación del artículo 3.1 LOREG, por oponerse a una norma internacional de aplicación preferente. Sin embargo, no ha sido ese el criterio que ha prevalecido. Por el contrario, tras varios años de una jurisprudencia discordante de las Audiencias Provinciales —en las que algunas de ellas han realizado un plausible esfuerzo por acomodar el precepto de la LOREG a la Convención, formulando una interpretación restrictiva del mismo que llegaba prácticamente a vaciarlo de contenido—, recientemente se ha producido una devastadora Sentencia del Tribunal Supremo que supone una absoluta ignorancia del mandato contenido en el artículo 29.

Entre las resoluciones judiciales que han optado por la interpretación restrictiva del artículo 3.1 LOREG, puede destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 24 de octubre de 2012, que formula a partir de la Convención la conclusión de que se debe establecer como principio general “el derecho de toda persona discapacitada a participar en la vida política de un Estado”. A partir de aquí aplica esa doctrina a los elementos del caso que debe enjuiciar, en los siguientes términos: “En el caso que hoy se somete a revisión, la Sentencia de instancia priva a la declarada incapaz del derecho de sufragio (en su doble vertiente) por el desconocimiento completo del sistema político español que presenta Doña Amelia, lo que entendido en un sentido literal no puede suponer la pérdida del derecho, pues lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales sino la capacidad para decidir, elegir u optar libremente y sin influencias externas en un determinado proceso electoral



(...) 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. Es cierto, que durante la vista se vino a decir que Doña Amelia es fácilmente influenciable, pero no creemos que tal circunstancia obste al derecho de sufragio, pues ello es eludible mediante la procura de información asimilable y manejable (lo que a tenor de las normas internacionales citadas, corresponde a los poderes públicos), y su capacidad, aunque limitada, pueda procesarla y actuar en consecuencia”.

Dando un paso más en la misma dirección, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2014 llega a afirmar que “sólo se puede declarar la incapacidad para votar cuando... se acredite que el demandado no puede ejercer ese derecho fundamental y personalísimo con efectos jurídicos, por ir en perjuicio del propio incapaz o cuando haya prueba directa y concluyente de que, en el determinado momento de la votación, el discapacitado estará privado de toda razón y de todo sentido”. Si se aplicase con rigor la doctrina establecida en esta última Sentencia, las restricciones del derecho de sufragio basadas en la discapacidad quedarían, como se ha señalado, prácticamente vacías de contenido, pues sería necesario para declarar la incapacidad para el ejercicio de este derecho que se probase de forma concluyente que la persona va a estar privada de toda razón en el momento de la votación o que el ejercicio del derecho al voto le produce algún tipo de perjuicio, lo que no parece fácil. De hecho, la Audiencia Provincial de Barcelona ha venido aplicando su propia doctrina en casos posteriores, lo que le ha llevado a revocar la privación del derecho de sufragio activo a personas con diversos grados de discapacidad, al no haberse probado que carecen de razón para el ejercicio del derecho al voto o que éste les perjudica. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de marzo de 2015 lo restablece a una persona con retraso mental grave y un grado de discapacidad del 73%, sobre la que la propia Sala afirma que tiene “una muy limitada capacidad intelectual y cognitiva”; pero, tras señalar que nadie puede controlar la voluntariedad, la libertad y el alcance del ejercicio del derecho al voto (“no es posible exigir a los ciudadanos que lo lleven a cabo



con las ‘debidas’ facultades cognitivas o volitivas, ni cabe presumir vicios de conocimiento, de voluntad o de relación entre lo querido y lo manifestado”), concluye que “la disminución de las facultades cognitivas o volitivas no equivale a su ausencia y no queda probado que la demandada tenga alterada la percepción de la realidad o perturbada su capacidad de decisión autónoma hasta el punto de no saber qué es votar”⁴⁹.

En cambio, con un criterio contrario a las anteriores cabe citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 27 de marzo de 2015, que cita literalmente el artículo 29 de la Convención, para añadir tras la cita, de forma flagrantemente contradictoria con el precepto citado, que “ello no supone que deba mantenerse el derecho de sufragio cuando el Tribunal aprecie la imposibilidad de su adecuado ejercicio”. Esta Sentencia se refiere a una persona diagnosticada con retraso mental leve según el informe médico, pero la Sala añade que “la exploración de la incapaz realizada por este Tribunal ha puesto de manifiesto la falta casi absoluta de conocimiento por parte de la incapaz de los principales partidos políticos y sus representantes públicos, ni las funciones que ejercen o representan y en definitiva se ha constatado su fácil influenciabilidad de aquella para el ejercicio del derecho de sufragio, no siendo suficiente para el mantenimiento del derecho de sufragio su deseo de votar en las elecciones de su pueblo”. Como puede verse fácilmente, este criterio implica exigir a las personas con discapacidad condiciones para el derecho de sufragio —el conocimiento de los partidos políticos y de las funciones de los órganos electivos, o acreditar la ausencia de influenciabilidad— que no se requieren para todas las demás personas, lo que, además de lesionar el artículo 29, constituye una clara discriminación por motivos de discapacidad prohibida por el artículo 5 de la Convención.

Pues bien, es esta posición favorable a la restricción del derecho de sufragio la que ha sostenido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, que, de manera sorprendente, afirma que “la decisión de privación del derecho

⁴⁹ En un sentido parecido, cfr. Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2014, 19 de noviembre de 2014 y 18 de marzo de 2015.



de sufragio activo es compatible con la Convención de Nueva York”, añadiendo que se trata de una “medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada”. Naturalmente, esta argumentación no puede en modo alguno compartirse. Al margen de que, como ya se ha mostrado, la privación del derecho de sufragio es claramente incompatible con el tenor literal del artículo 29 de la Convención, no parece razonable invocar la protección de los intereses de una persona como justificación para el sacrificio forzoso de sus derechos, lo que constituye una desacertada manifestación de paternalismo; no se entiende además de qué modo pueda ser perjudicial para la persona el ejercicio del derecho al voto, máxime cuando –como sucede en el caso que da origen a esta Sentencia– la propia persona ha manifestado expresamente su interés por participar en las elecciones. Por lo que se refiere a la segunda parte de la argumentación, no cabe hablar propiamente de un interés general en que la participación electoral se realice con un determinado nivel de conocimientos. Por el contrario, el interés general radica en que las decisiones colectivas –concretamente, los resultados electorales– respondan de la forma más auténtica posible a la voluntad popular⁵⁰; y, en una sociedad democrática, el derecho a participar en tales decisiones colectivas –principalmente a través del voto– no está ligado a la posesión de un determinado nivel de conocimientos o competencias, sino a la condición de persona, pues todas las personas tienen idéntico título para participar en las decisiones sobre el bien de las personas, y esa es en último término la naturaleza de las decisiones políticas. Sí puede reconocerse, en cambio, la existencia de un interés general en la preservación de la libertad del proceso electoral. Ahora bien, no hay motivo alguno para asumir que una persona con discapacidad intelectual o enfermedad mental, por el mero hecho de serlo, ejerce su derecho al voto con menor libertad que las

⁵⁰ En este sentido, ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la regulación del derecho de sufragio debe “reflejar, y no contradecir, la preocupación por mantener la integridad y efectividad de un procedimiento electoral encaminado a conocer la voluntad popular a través del sufragio universal”, pues “cualquier alejamiento del principio de sufragio universal conlleva el riesgo de socavar la validez democrática del Parlamento así elegido y de las leyes que promulga” (Sentencia *Hirst contra Reino Unido*, de 6 de octubre de 2005).



demás; y, aun en ese caso, no resultaría proporcionada la medida de privación del derecho de sufragio, que impide a una persona ejercer su derecho más elemental como miembro de la comunidad política, sólo para lograr la finalidad de incrementar en alguna medida la libertad general del proceso electoral, máxime cuando nuestra legislación ya contempla otros medios para garantizar ese objetivo, tales como la potestad conferida a los Presidentes de las Mesas Electorales para “asegurar la libertad de los electores” (artículo 91.1 LOREG) o la sanción penal a “quienes con violencia o intimidación presionen a los electores para que no usen de su derecho o lo ejerciten contra su voluntad” (artículo 146 LOREG). La argumentación del Tribunal Supremo adolece en suma, pues, de una extraordinaria debilidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016 fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, pero, lamentablemente, por providencia de 23 de junio de 2016, el Tribunal inadmitió a trámite el recurso, por “la manifiesta inexistencia de violación de un derecho fundamental tutelable en amparo”. Una vez más, se aprecia el desinterés de nuestros órganos judiciales por la aplicación de la Convención.

3. NOTA FINAL.

Como ha podido mostrarse a lo largo de estas páginas, son todavía muchas e importantes las discordancias entre el Derecho español y los mandatos de la Convención, de las que en el presente artículo se han seleccionado tan sólo las que, en opinión del autor, resultan más significativas. Se hace precisa, pues, una intensa labor de reforma legislativa, que se expondrá también en capítulos posteriores de este libro, de particular relevancia en algunos casos, como la implantación de un nuevo sistema de apoyo a la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Ahora bien, el estudio realizado ha puesto también de manifiesto una situación que es, si cabe, más preocupante: los Tribunales españoles –incluidos los órganos judiciales superiores, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional– no han aprovechado suficientemente las posibilidades que les brindaba el



ordenamiento jurídico español para llevar a cabo una aplicación más intensa de la Convención, adaptando a ella la legislación española cuando era posible, e incluso declarando la aplicación preferente de preceptos de la Convención que reconocen derechos de forma precisa e incondicional a las personas con discapacidad y la exclusión de disposiciones internas de signo contrario. La Convención ha quedado en buena medida inaplicada, por tanto, no sólo por la omisión de las reformas legislativas necesarias, sino también por la deficiente labor de los órganos judiciales. Queda pendiente, pues, una labor de más intensa divulgación y formación en la Convención de los operadores jurídicos. Confío en que este libro pueda contribuir a este propósito.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PARREÑO, María José. “Derecho a la educación”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, págs. 367-397. Madrid: La Ley, 2015.

ALONSO PARREÑO, María José – ARAOZ SANCHEZ DOPICO, Inés de. *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*. Madrid: Cinca, 2011. 215 páginas.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca, 2014. 518 páginas.

BARRIOS FLORES, Luis Fernando. “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, 22, 2012, págs. 31-56.

CARDONA LLORENS, Jorge. “Artículo 30.2 y 3. Ejecución”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, págs. 561-573. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.



COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI). *Derechos humanos y discapacidad. Informes 2008-2015*. Madrid: Cinca.

CERDÁ, Carmen. “Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 50-51, 2005, págs. 193-218.

CUENCA GOMEZ, Patricia. *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Madrid: Universidad de Alcalá de Henares-Defensor del Pueblo, 2012. 250 páginas.

CUENCA GOMEZ, Patricia. “Grandes cuestiones pendientes en el ordenamiento español para acompañarse a los mandatos de la Convención. Libertad personal”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, págs. 151-162. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DAVIS, Alison. “A disabled person’s perspective on eugenic abortion”, *Papers of the Society for the Protection of Unborn Children*, 2003, págs. 1-8.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. “La Convención, un desafío inaplazable”, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De los derechos a los hechos*, págs. 25-56. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DIAZ ALABART, Silvia. “El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho Privado*, 96, I-2012, págs. 3-24.

DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Artículo 30.1. Ejecución”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, págs. 531-560. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.



- DIEZ-HOCHLEITNER, Javier. “Artículo 31. Prevalencia de los Tratados”, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, págs. 575-589. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2015.
- FERREIRÓS MARCOS, Carlos-Eloy. *Salud mental y derechos humanos: la cuestión del tratamiento ambulatorio involuntario*. Madrid: Cinca, 2006. 748 páginas.
- HENSEL, Wendy, “The disabling impact of wrongful birth and wrongful life actions”, *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 40, 2005, págs. 141-195.
- IGLESIAS VELASCO, Alfonso. “Reflexiones sobre la implementación de los tratados internacionales por los tribunales domésticos: especial referencia a España”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 29, 2013, págs. 165-216.
- MARIN LOPEZ, Antonio. “Orden jurídico internacional y Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, 45, 1999, págs. 35-67.
- MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *Derechos fundamentales y discapacidad*. Madrid: Cinca, 2015. 141 páginas.
- PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008. 523 páginas.
- PALACIOS, Agustina. “¿Por qué el aborto eugenésico basado en discapacidad es contrario a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, págs. 577-587. Madrid: Cinca, 2010.



PEREZ BUENO, Luis Cayo. “La capacidad jurídica a la luz de la Convención. Aportaciones para delinear un nuevo modelo legal de apoyos a la toma de decisiones”, *Discapacidad, Tercer Sector e Inclusión Social. Estudios en homenaje a Paulino Azúa*, págs. 147-163. Madrid: Cinca, 2010.

RECOVER BALBOA, Torcuato. “Hacia la reforma del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de discapacidad”, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, págs. 19-29. Madrid: Dykinson, 2014.

VI. LA RECEPCIÓN DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA ESPAÑOLAS

Juan Manuel Fernández Martínez

Presidente del Foro Justicia y Discapacidad

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL VALOR JURÍDICO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, FIRMADA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006. -2. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS. 2.1. Privación del derecho al voto. 2.2. Problemas concernientes a las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. -3. REFORZAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. -4. DERECHO A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. -5. EPILOGO. -6. BIBLIOGRAFÍA



1. INTRODUCCIÓN: EL VALOR JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, FIRMADA EN NUEVA YORK EL 13 DE DICIEMBRE DE 2006

El concepto de discapacidad ha evolucionado a lo largo de la historia, evolución que ha sido exponencial en los últimos treinta años, y ello ha de conectarse con el cambio, también crucial, experimentado en España tras la aprobación de la Constitución, sobre el papel del juez en un Estado social, democrático y de derecho. La conexión entre ambos aspectos se produce por el hecho de que el ordenamiento jurídico ha situado la discapacidad allí donde le corresponde, en la esfera de los derechos humanos y la no discriminación.

Pero antes de entrar en el análisis jurídico, conviene resaltar que el primer gran valor, la primera gran aportación de la Convención Internacional de los Derechos de Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, CDPD, es el de haber cambiado la forma de tratar las cuestiones a ella atinentes. La CDPD está basada en un modelo social de la discapacidad en el que ésta no reside en la persona sino en el entorno que no le permite desarrollar sus potencialidades. La discapacidad resulta, según esta concepción, de la interacción entre las capacidades de la persona y las barreras que plantea el entorno y las actitudes. Así, las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que las personas sin discapacidad siempre que aquella se construya sobre los valores del respeto y de la inclusión de todos.

La novedad más importante de la Convención es la cristalización del cambio de paradigma que en la sociedad venía gestándose años atrás. Se evoluciona de una visión cargada de paternalismo hacia las personas con discapacidad, a las que era necesario tutelar en mayor o menor medida, hacia un sistema de potenciación de la autonomía individual. Dicho de otro modo, mientras que el sistema tradicional era un modelo de “sustitución” en la toma de decisiones, la propuesta de derechos humanos en la que se fundamenta la Convención, se basa en la dignidad intrínseca de todas las personas y aboga por un modelo de “apoyo” en la gestión de los asuntos propios de cada persona. Por ello, como



acabo de decir, se ha situado la discapacidad allí donde le corresponde: en la esfera de los derechos humanos y la no discriminación.

Y ello demanda que tales derechos estén dotados de contenido material, que sean vinculantes, exigibles y universales y requiere también regular mecanismos eficaces y rápidos de protección y tutela que garanticen su ejecutividad. Y esto conecta con la segunda coordenada a la que me refería en las primeras líneas, el juez como garante de los derechos humanos.

La configuración del poder judicial en la Constitución de 1978 otorga al juez un papel fundamental, superador de la vieja concepción reductora a la mera aplicación de la ley, el juez no es ya la boca que pronuncia las palabras de la ley, sino que es, ante todo y sobre todo, el primer garante de la Constitución y por tanto pilar fundamental para la tutela de los derechos y libertades que en ella se establece. No resulta difícil constatar una profunda transformación en el modelo actual de juez con respecto al juez del Estado liberal¹.

En este sentido afirma Sala Sánchez² que la progresiva importancia que ha ido adquiriendo el Poder Judicial en los regímenes constitucionales, se debe, en primer lugar, a que “la labor de los jueces no es una aplicación poco menos que mecánica o automatizada del Ordenamiento, sino innovadora o creativa...

¹ Existe una práctica unanimidad en la doctrina constitucionalista al resaltar la importancia y protagonismo creciente del Poder Judicial, como consecuencia de la implantación y consolidación del Estado social y democrático de derecho, fenómeno, por lo demás, común en todas las democracias occidentales. Así dice al respecto DELGADO DEL RINCÓN, L.E., Constitución, Poder Judicial y responsabilidad, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, p.46, que ello ha supuesto un reforzamiento de dicho poder y de su independencia respecto de los demás poderes del Estado, que, como consecuencia de ello, “han tenido que reajustar su posición en el conjunto de la estructura estatal. Este protagonismo y robustecimiento se ha debido, entre otras razones, a que los textos constitucionales han configurado los órganos judiciales, en primer lugar, como uno de los mecanismos fundamentales de control de la actuación de los poderes públicos, particularmente del Poder Ejecutivo, fiscalizando el sometimiento de la actuación del Gobierno y de la Administración a la Ley; en segundo lugar, porque las Constituciones han considerado a los tribunales como una de las piezas básicas en la defensa y protección de los derechos y libertades individuales y, en tercer lugar, porque los textos constitucionales han atribuido también a los órganos judiciales el papel de colaboradores en la salvaguarda de la supremacía normativa de la Constitución”.

² SALA SÁNCHEZ, P. “El Gobierno del Poder Judicial”, Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003, p. 224



el juez, legítimamente, puede y debe adaptar su significado a las circunstancias de tiempo y lugar socialmente establecidas, aunque no pueda traspasar, desde luego, los límites impuestos por la propia norma con subjetivismos puramente personales. Después, porque, en un Estado de Derecho, y más aún en un Estado Social y Democrático de Derecho, los jueces ordinarios, sea cualquiera el sistema del “*common law*” o de derecho codificado, de jurisdicción constitucional concentrada o difusa en el que actúen, tienen no sólo el cometido de defensa de los derechos fundamentales, sino también el de asegurar que los poderes públicos los doten de contenido real y no los dejen reducidos a meras declaraciones retóricas carentes de efectividad”. De forma gráfica ha reflejado estas ideas Antoine Garapon³, calificando al juez como el guardián de las promesas, de las promesas que la sociedad se hace a si misma a través de la aprobación de las leyes.

El papel del juez constitucional es, por lo tanto y entre otras vertientes, un papel de control: el juez lleva a cabo un control de legalidad, como afirman García Herrera y López Basaguren “el desarrollo del Estado social precisa el reconocimiento de los derechos sociales que deberán ser materializados por la acción administrativa ajustada al principio de legalidad y ajena a la arbitrariedad”⁴.

Expuestas las consideraciones anteriores, no es baladí recordar que la Convención fue firmada por España y ratificada el 23 de noviembre de 2007, publicándose el instrumento de ratificación en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008. Ello hace que la Convención forme parte de nuestro ordenamiento, toda vez que conforme establece el artículo 96 de nuestra Constitución “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.*”

³ GARAPON, A., Juez y Democracia, Flor del viento ediciones, 1997, p. 284. “Los jueces guardan estas promesas pero no las atan: son sus testigos, sus garantes y sus guardianes. Les han sido transmitidas, ellos las han escuchado y las recuerdan, llegado al caso, a los mismos que se las habían confiado. ¿Cómo cabría reprochárselo?”

⁴ GARCÍA HERRERA, M.A, LÓPEZ BASAGUREN, A., “Constitución y Poder Judicial, la incompleta realización del Poder Judicial”, Poder judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, Estudios de Derecho judicial, nº 90, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2006, pp. 148 y ss.



*Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*⁵. En el mismo sentido el artículo 1.5 del Código Civil “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

Pero es que, además, tiene un valor interpretativo respecto de las materias que regula, lo cual resulta también de nuestro texto constitucional, en cuyo artículo 10.2 se dispone que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Ya he señalado que resulta indiscutible que el valor más relevante producido por la aprobación de la Convención, ha sido el de situar lo concerniente a la discapacidad en el ámbito de los derechos humanos. Como con acierto señala Martínez Pujalte⁶, la posición constitucional de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad se refuerza, además, con la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 CE; añadiendo el citado autor que “no es obstáculo para la calificación como discriminación en nuestro sistema constitucional de la desigualdad de trato por razón de discapacidad el hecho de que esta no aparezca expresamente contemplada entre los motivos específicos de discriminación que prohíbe el artículo 14 CE, pues la lista del artículo 14 CE no constituye un numerus clausus, dado que este precepto se cierra con una cláusula genérica, que prohíbe la discriminación “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”⁷.

⁵ La previsión del texto constitucional se desarrolla en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyos artículos 28 y ss. regulan la aplicación e interpretación de los mismos, disponiendo el art. 30.1 que “*Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes*”.

⁶ Martínez Pujalte, A. L., “Derechos fundamentales y discapacidad”, Colección Convención ONU nº 14, Ediciones Cinca, 2015, pág. 31

⁷ Existe una amplia jurisprudencia constitucional sobre la interpretación del art. 14 CE, de la que es buena



Pese a lo dicho, se ha sostenido su falta de aplicación directa en el ordenamiento interno, so pretexto de la necesidad de un desarrollo legislativo por los Estados firmantes de la Convención, haciendo depender la eficacia de la misma de una serie de actos posteriores de cada Estado. Esta opinión ha encontrado réplica en la doctrina, poniendo énfasis en que ello acarrearía el riesgo de ralentizar su aplicación y desarrollo⁸. En este mismo sentido Iturri Gárate⁹, al estudiar la repercusión que la Convención ha tenido en la interpretación de la normativa europea por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que si bien el Tribunal asume su recepción y también admite que se ha de interpretar la normativa derivada de la Unión conforme la misma, “considera que la Convención no es susceptible de producir el llamado “efecto directo” –horizontal o vertical– al tratarse de normativa de la llamada de principios, de baja intensidad, “light” (ligera) o “soft” (suave). Desde la sentencia Van Gend en Loos el Tribunal mantiene que tal efecto directo solo se produce si la norma en cuestión reúne las condiciones de precisión, claridad, no necesidad de desarrollo de sus contenidos y la incondicionalidad de sus postulados. Pues bien, el TJUE considera que la Convención no reúne esas características”¹⁰.

muestra la STC 62/2008, de 26 de mayo de 2008, en cuyo fíco 5º se dice “...*Se hace por ello preciso determinar si dicha causa puede o no subsumirse en la cláusula genérica de ese precepto constitucional (“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”), teniendo en cuenta que, como se sabe, no existe en el art. 14 CE una intención tipificadora cerrada (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 31/1984, de 7 de marzo, FJ 10; y 37/2004, de 11 de marzo, FJ 3).*”

⁸ García Lorente, J., “Aplicabilidad práctica de la Convención por la Administración de Justicia española”, Publicación: Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: aplicabilidad en el ámbito de la Administración de Justicia en España. Colección: Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ; 17; 2009

⁹ Iturri Gárate, J. C., “La discapacidad a la luz de la Convención y su recepción en las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, Publicación: Discapacidad y nuevas tecnologías Colección: Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ; 38; 2015

¹⁰ Una de las últimas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) es la 18 de marzo de 2014, dictada en el asunto C-363/123, mereciendo traer a colación los párrafos siguientes: “84 *En lo que atañe al examen de la validez de esta Directiva en relación con la Convención de la ONU, de la jurisprudencia citada en el apartado 71 de la presente sentencia resulta que la validez de un acto de la Unión puede verse afectada por su incompatibilidad con las reglas del Derecho internacional. Cuando se alega esta invalidez ante un órgano jurisdiccional nacional, el Tribunal de Justicia ha de comprobar si se cumplen determinadas condiciones en el asunto del que conoce para determinar si se puede apreciar, en virtud del artículo 267 TFUE, la validez del acto del Derecho de la Unión de que se trata en relación con las normas del Derecho internacional invocadas (véanse las sentencias de 3 de junio de 2008, Intertanko y*



Hasta el momento no son numerosas las sentencias de nuestros tribunales en las que se invoque expresamente la Convención Internacional de los Derechos de Personas con Discapacidad, CDPD, y menos aún las que basan su resolución en sus preceptos, aplicándola directamente. Normalmente su invocación es a mayor abundamiento, como norma de contraste con la legislación interna. Ciertamente en la mayoría de los supuestos litigiosos hay una adecuación clara de las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional a las de la CDPD, pero no siempre ocurre así, existiendo zonas de conflicto donde dicha adecuación es, por lo menos, discutible. Ello es especialmente visible en el controvertido tema de la privación del derecho de sufragio a las personas con discapacidad psíquica o en algunos aspectos relevantes del procedimiento que regula en nuestro derecho la modificación de la capacidad de las personas.

otros, C-308/06, Rec. p. I-4057, apartado 43, y Air Transport Association of America y otros, antes citada, apartado 51). 85 Entre las condiciones referidas en el apartado precedente, ...es preciso además que las disposiciones invocadas para apreciar la validez del acto del Derecho de la Unión sean, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas (véanse las sentencias, antes citadas, Intertanko y otros, apartado 45, y Air Transport Association of America y otros, apartado 54). 86 Tal requisito se cumple cuando la disposición invocada contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (véanse las sentencias de 30 de septiembre de 1987, Demirel, 12/86, Rec. p. 3719, apartado 14; de 15 de julio de 2004, Pêcheurs de l'étang de Berre, C-213/03, Rec. p. I-7357, apartado 39, y Air Transport Association of America y otros, antes citada, apartado 55). 87 Ahora bien, en el presente asunto, del artículo 4, apartado 1, de la Convención de la ONU resulta que incumbe, en particular, a los Estados Partes adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en dicha Convención. Además, según el artículo 4, apartado 3, de esta Convención, en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva dicha Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan. 88 Por tanto, como ha señalado el Abogado General en el punto 114 de sus conclusiones, dado que las obligaciones establecidas por esa Convención se dirigen a las Partes Contratantes, ese acuerdo internacional tiene carácter programático. 89 En consecuencia, las disposiciones de la Convención de la ONU están sometidas, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de actos ulteriores, que corresponde a las Partes contratantes. En ese marco, el anexo II de la Decisión 2010/48 contiene una declaración sobre la competencia de la Unión en lo que se refiere a las cuestiones regidas por la Convención de la ONU y sobre los actos de la Unión relacionados con las cuestiones regidas por ésta. 90 Siendo así, sin que sea preciso examinar la naturaleza y el sistema de la Convención de la ONU, se ha de constatar que sus disposiciones no constituyen, desde el punto de vista de su contenido, disposiciones incondicionales y suficientemente precisas, en el sentido de la jurisprudencia citada en los apartados 85 y 86 de la presente sentencia, y carecen por tanto de efecto directo en el Derecho de la Unión. De ello se sigue que la validez de la Directiva 2000/78 no puede apreciarse en relación con la Convención de la ONU”.



No obstante lo anterior, la aplicación directa de la Convención va abriéndose paso en nuestros tribunales. Así son significativas las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014, a las que más tarde me referiré,¹¹ *“en consecuencia, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades”*, fto. jco. 6º de la segunda de las referidas sentencias.

2. SUPUESTOS PROBLEMÁTICOS

2.1. Privación del derecho al voto

La posibilidad existente en nuestro ordenamiento jurídico de privar del derecho de sufragio activo a quienes se les haya modificado judicialmente la capacidad, ha dado lugar a diferentes sentencias y ha suscitado no pocas críticas tanto en el ámbito doctrinal como en el seguimiento de la aplicación en España de la CDPD. Recientemente el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que ha avivado la polémica, al señalar, en los términos que más adelante expondré, que la antedicha posibilidad no contraviene las previsiones de la CDPD. Contrasta con ello el parecer del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, CERMI, que ha manifestado la discordancia de nuestra normativa con los fines y derechos protegidos en la Convención¹².

¹¹ De gran interés el comentario de las mismas por Varela Autrán, B., Diario La Ley, N° 8440, Sección Columna, 12 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY

¹² El Comité de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 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. 47. “Participación en la vida política y pública (artículo 29) 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 nú-



En el ámbito doctrinal se ha señalado que la privación del derecho de sufragio ha venido operando como una cláusula de estilo, que se incluye en todas las sentencias de incapacitación pero sin explicar de una forma adecuada las razones que la justifiquen¹³. Cabe añadir a estas consideraciones iniciales que 98.488 personas fueron privadas de derecho a voto por discapacidad en las últimas elecciones, celebradas el 26 de junio¹⁴.

El punto de partida a la hora de analizar esta muy controvertida cuestión, ha de ser necesariamente el artículo 29 de la Convención¹⁵, que garantiza a las

mero de personas con discapacidad a las que se ha denegado el derecho de voto. 48. 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 N° 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.”

¹³ Martínez Pujalte, A.L., op. Cit., pág. 92. En el mismo sentido DIAZ ALABART, S., “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”. Revista de Derecho Privado 96 (1-2012), págs. 10 y ss.

¹⁴ Dato contenido en la contestación dada por la Junta electoral central a la solicitud formulada por CERMI, fechada el 24 de junio de 2016

¹⁵ “Artículo 29. Participación en la vida política y pública.

Los Estados Partes garantizarán a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás y se comprometerán a:

a) Asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, directamente o a través de representantes libremente elegidos, incluidos el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas, entre otras formas mediante: i) La garantía de que los procedimientos, instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar; ii) La protección del derecho de las personas con discapacidad a emitir su voto en secreto en elecciones y referéndum públicos sin intimidación, y a presentarse efectivamente como candidatas en las elecciones, ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, facilitando el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo cuando proceda; iii) La garantía de la libre expresión de la voluntad de las personas con discapacidad como electores y a este fin, cuando sea necesario y a petición de ellas, permitir que una persona de su elección les preste asistencia para votar;

b) Promover activamente un entorno en el que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, y fomentar su participación en los asuntos públicos y, entre otras cosas: i) Su participación en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas las actividades y la administración de los partidos políticos; ii) La constitución de organizaciones de personas con discapacidad que representen a estas personas a nivel internacional, nacional, regional y local, y su incorporación a dichas organizaciones”.



personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso.

En nuestro derecho interno la norma de conflicto la constituye el artículo tercero de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que contempla la posibilidad de privar del derecho de voto a las personas sometidas a un proceso de incapacidad¹⁶.

Como acabo de señalar, un reciente pronunciamiento de la Sala 1ª TS ha avivado la polémica, originando la interposición de un recurso de amparo. El supuesto de hecho es el siguiente. Unos padres interesaron la rehabilitación de la patria potestad de su hija, solicitando que se dictase sentencia sobre incapacidad parcial en los términos del informe médico forense, pero que se reconociera la capacidad de la demandada para el ejercicio del derecho de sufragio electoral activo, pues venía ejerciéndolo, habiendo acudido a votar con anterioridad. El Ministerio Fiscal interesó la incapacidad parcial en los términos del informe médico forense y la rehabilitación de la patria potestad.

La sentencia recaída en la primera instancia accedió a tales pretensiones pero privándola del ejercicio del derecho de sufragio¹⁷. Apelada la resolución,

¹⁶ Art. 3 LOREG, "1. Carecen de Derecho de sufragio:

a) Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento.

b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.

2. A los efectos previstos en este artículo, los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento deberán pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. En el supuesto de que ésta sea apreciada, lo comunicaran al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente".

¹⁷ Las razones dadas por la sentencia de primera instancia: "En el caso de autos la limitación apreciada en la demanda a nivel electoral no se basa en la exigencia a la misma de una aptitud cognitiva o intelectual superior a la de otro posible ciudadano y elector ni en el simple desconocimiento por la demandada de las opciones políticas o en la hipotética irrazonabilidad en la elección de opciones por la misma, sino en la estricta y objetiva constatación de su falta de capacidad a efectos políticos y electorales, apreciándose por la médico forense y por este magistrado de forma indubitada las notables y de momento insuperables (sin perjuicio de ulterior proceso de modificación de la capacidad conforme al artículo 761 Ley de Enjuiciamiento



ésta fue confirmada por la AP La Coruña, sentencia de 11 de marzo de 2015, en la consideración de que *“La STS 1-7-2014 n° 341/2014 y la STS 421/2013 de 24 de junio a la que aquélla se remite, evidencian que la decisión de privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, para calibrar la necesidad de la medida para proteger los intereses del incapaz y del propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada¹⁸”*.

Civil obviamente) deficiencias que presenta la demandada en tal particular faceta electoral no sólo por su sustancial desconocimiento de aspectos básicos y fundamentales del sistema político y del mismo régimen electoral sino por la constatada influenciabilidad de la demandada a tales efectos del mismo modo que se constató la incidencia de tal influenciabilidad a efectos de prestación del consentimiento para tratamientos médicos”.

¹⁸ Continúa argumentado el órgano de apelación referido que *“Como señala la segunda sentencia citada, se trata de poder discernir el sentido del voto y de no ponerlo en riesgo mediante la actuación de terceros o, como señala la sentencia de 25-11-2014 de la Sección 5ª de esta Audiencia, de constatar que “la persona conserva la habilidad necesaria para conocer la realidad política y discernir de forma suficiente a quién otorga el voto”. No se trata de establecer niveles de conocimiento político mínimo, ni de someter a la persona cuya capacidad en otros ámbitos se tutela o integra a exámenes que ningún otro ciudadano ha de tolerar; pero sí que es necesario ponderar si su nivel de conocimiento de la realidad social y su nivel intelectual permiten estimar que está en condiciones de adoptar efectiva, real y materialmente una decisión política, más allá del formalismo o rito social de introducir un voto en una urna, por ilusionante que pueda ser este ejercicio de un derecho ciudadano y por loable que sea el propósito de fomentar su participación en este acto de máxima relevancia en una sociedad democrática. No puede bastar en definitiva la voluntad, el querer votar que se patentizó en la vista, sino que es preciso que se cuente con un bagaje de conocimientos y capacidades vitales que permitan que el voto sea fruto de una verdadera decisión libre e informada, ajena por otra parte a hipotéticas –aunque en el caso no conste en absoluto que actualmente existan– influencias sobre una débil capacidad de autodeterminación.*

Siendo evidente desde el planteamiento del litigio que éste iba a ser el principal posible punto de controversia, queda claro que no se actuó por parte de la médico forense o por el juzgador de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto sometido a enjuiciamiento, que fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con la demandada. Constan datos plenamente relevantes como que su nivel de competencia curricular sea del 1er. ciclo de educación primaria (de 6 a 8 años), su desconocimiento casi total del valor del dinero o de conceptos legales básicos, su carencia casi total de conocimientos políticos (ignorancia sobre los partidos políticos o sobre el contenido de las elecciones) o su falta de capacidad para adoptar decisiones elementales (cuestión relativa al incendio), lo que lleva a estimar soportada por prueba suficiente la decisión restrictiva adoptada en la sentencia recurrida, al carecer la demandada de las aptitudes básicas necesarias, con arreglo a los criterios que se han intentado exponer, para ejercer el derecho de sufragio, por lo que ha de ser mantenida la resolución apelada atendidas las concretas circunstancias del caso”.



Recurrida en casación, el Tribunal Supremo dictó sentencia en fecha 17 de marzo de 2016, donde el Alto Tribunal es consciente de que la cuestión nuclear que se somete a su poder decisorio es la de cómo puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, respecto de la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole en ella reconocidos, concretado en este caso en la privación del derecho de sufragio, corriéndose el riesgo de no reconocer y potenciar en lo posible la capacidad acreditada en cada caso, “más allá de la simple rutina protocolar”, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal de la persona en situación de discapacidad.

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la decisión de privación del derecho de sufragio activo es legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, *“sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego, para calibrar la necesidad de una medida dirigida a proteger los intereses del incapaz y el propio interés general de que la participación electoral se realice de forma libre y con un nivel de conocimiento mínimo respecto del hecho de votar y de la decisión adoptada, como advierte la sentencia recurrida”*.

Para nuestro Tribunal Supremo el art.3 LOREG no es contrario a la Convención, por cuanto la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la declaración de incapacitación. *“Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal”*.

El TS se había pronunciado en dos ocasiones anteriores sobre esta cuestión, SSTS 421/2013, de 24 de junio, y la 341/2014, de 1 de julio, en las que se había declarado carente de justificación la privación del derecho de sufragio. Dados tales precedentes, el Tribunal Supremo señala que no existe contradicción entre esta sentencia y las anteriores, toda vez que *“ocurre en este caso, a*



diferencia del supuesto resuelto en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 24 de junio de 2013, que tanto la sentencia del Juzgado como la de apelación no han actuado “de forma rutinaria o con inadvertencia hacia este aspecto concreto”, antes al contrario, dicha persona fue objeto de atención específica, provocando que se formularan preguntas concretas de interés sobre el mismo, en las varias sesiones en que estuvieron con ella.”

Los padres de la declarada incapaz recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual, al tiempo de escribir el presente trabajo, ha inadmitido el recurso; no obstante, como quiera que la inadmisión ha sido recurrida en súplica por la Fiscalía, es posible una modificación de tal decisión. Afirma la Fiscalía en el recurso que la admisión del amparo “posibilitaría a este Tribunal examinar si la lesión constitucional denunciada pudiera tener su origen bien en la propia disposición legal prevista en el art. 3 LOREG cuando priva del derecho de sufragio a los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme [art. 3.1 .b) LOREG] o bien en la interpretación y aplicación jurisprudencial que se está haciendo de esta disposición legal”. De hecho, se estima necesario valorar la posible inconstitucionalidad del precepto por vulneración del derecho fundamental al voto consagrado en el art. 23.1 CE, interpretado ex arts. 12 y 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En su recurso la Fiscalía trae a colación la Recomendación Comité de Ministros del Consejo de Europa, R (2006) 5 sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015; en cuyo artículo 3.1.1 se dice que ha de procurarse que ninguna persona con discapacidad sea privada de su derecho a votar o de presentarse a las elecciones en razón de su discapacidad. Se invoca también, en la misma línea, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) 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", de fecha 21 de septiembre de 2011.



La Fiscalía se hace eco también de la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁹. Concluye el recurso criticando los dos argumentos que suelen utilizarse a la hora de fundamentar la privación del derecho de sufragio activo: la exigencia de un cierto nivel de conocimientos políticos y electorales, y, en segundo término, la supuesta "influenciabilidad" de la persona. "El reconocimiento constitucional del derecho al voto (art. 23 CE) no está condicionado por la posesión de un cierto nivel de conocimientos y/o competencias, sino por la condición de ciudadanía. El someter a las personas con discapacidad intelectual a una suerte de examen de conocimientos sobre nuestro sistema político y/o electoral supone exigirles un plus que no se exige a las demás personas con derecho al voto. Por tanto, lo esencial no es el conocimiento o no de nuestras bases constitucionales o políticas sino la capacidad de decidir, de optar y de elegir. Ejercicio que solo requiere de una manifestación de voluntad por parte de la persona. No pueden los órganos judiciales imponer a las personas con discapacidad condiciones o exigencias que no se establecen para el ejercicio del derecho al sufragio a las demás personas. Por otro lado, el concepto "influenciabilidad" resulta extremadamente indeterminado, además de presentar un carácter excesivamente poroso y trufado de subjetivismo, por lo que es difícilmente objetivable. La discapacidad intelectual no puede ser utilizada para construir una suerte de presunción de "manipulación" y privar de esta forma a la persona con discapacidad de su derecho a participar en los

¹⁹ "Así el TEDH no considera aceptable que una prohibición absoluta de votar para cualquier persona bajo tutela parcial, independientemente de sus facultades reales, quede dentro de un margen de apreciación aceptable de los Estados. Advierte que si se aplica una restricción de derechos fundamentales a un colectivo especialmente vulnerable de la sociedad como el de los discapacitados mentales, que ya ha sido objeto de una considerable discriminación en el pasado, entonces el margen de apreciación del Estado es sustancialmente más estrecho y deberá contar con razones de peso para las restricciones en cuestión. La razón de este enfoque reside en que ciertos colectivos han sido objeto de prejuicios con consecuencias a largo plazo, que han provocado su exclusión social. Estos prejuicios pueden incluir estereotipos legislativos que prohíben la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades (Vid. STEDH caso Alajos Kiss contra Hungría, de 20 mayo 2010, § 42).

Para el TEDH una eliminación indiscriminada del derecho al voto, sin una evaluación judicial individual y exclusivamente basada en una discapacidad mental que precise una tutela parcial, no puede considerarse compatible con las bases legítimas para restringir el derecho a voto y, por consiguiente, viola el art. 3 del Protocolo núm. 1 del CEDH (S STEDH caso Alajos Kiss contra Hungría, de 20 mayo 2010, § 44; caso Gajcsi contra Hungría, de 23 septiembre 2014, § 11; caso Harmati contra Hungría, de 21 octubre 2014, § 8). "



asuntos públicos. Pero además esta supuesta "influenciabilidad" puede darse también en personas sin discapacidad, sin que ello sea argumento válido para privarles del ejercicio del derecho al voto. Por otra parte, no hay que olvidar, como ponen de manifiesto los demandantes de amparo, que el ordenamiento jurídico cuenta con garantías suficientes para proteger la libertad de voto de los electores”.

A la espera de lo que resuelva el Alto intérprete de la Carta Magna, son merecedores de una crítica positiva, los criterios interpretativos recogidos en la llamada jurisprudencia menor, de la que es buen reflejo la SAP de Barcelona de 10 de noviembre de 2015, en la que se dice, fto. jco. 2º *“Pero el derecho de participación política, a través del ejercicio del derecho al voto no puede sufrir discriminación alguna por razón de enfermedad mental, ni puede un juez establecer un standard de exigibilidad de capacidades cognitivas o intelectivas superiores a las que sean predicables en cualquier ciudadano para impedir el ejercicio del derecho de voto, de manera que sólo razones muy específicas, motivadas, justificadas en el interés del presunto incapaz o en razones de orden público pueden legitimar una limitación del derecho de sufragio activo. No puede justificarse una limitación de este derecho con base en juicios sobre el desconocimiento, por parte del presunto incapaz, de las opciones políticas o por criterios sobre la irrazonabilidad en la elección de las opciones. Desde otra perspectiva, el Preámbulo del Libro II del CCCat, apartado III dice que las instituciones de protección se configuran como un deber que se ha de ejercitar en interés de la persona protegida y de acuerdo con su personalidad, procurando que las decisiones que le afecten respondan a sus anhelos y expectativas”. Y se concluye que “sólo se puede declarar la incapacidad para votar cuando esté acreditada debidamente la incapacidad y el perjuicio, sólo cabe una declaración judicial expresa cuando en razón del alcance de la dolencia, se acredite que el demandado no puede ejercer ese derecho fundamental y personalísimo con efectos jurídicos, por ir en perjuicio del propio incapaz o cuando haya prueba directa y concluyente de que, en el determinado momento de la votación, el discapacitado estará privado de toda razón y de todo sentido”.*



Asimismo, en orden a exigir una prueba fehaciente para la adopción de la medida; es destacable la SAP de Alicante, de 4 de noviembre de 2015, fto. jco. 2º, *“En consecuencia, para la limitación del derecho de sufragio habrá de acreditarse, mediante la actividad probatoria suficiente, que el estado físico y psíquico del afectado le imposibilita para decidir de forma libre y consciente sobre quien ha de representarle en los asuntos públicos a los que se refiere el derecho de sufragio.. Únicamente en casos excepcionales los jueces podrán privar del derecho de sufragio mediante sentencia en la que se exprese el análisis de los correspondientes elementos probatorios sobre las facultades para hacer uso del derecho de sufragio de la persona con discapacidad, lo cual es incompatible con una mera consideración genérica o rutinaria”*. Se trata, en definitiva, de evitar que se adopte una medida tan restrictiva de forma estereotipada, rutinaria, sin haberse practicado pruebas específicas al respecto, y evitando, por supuesto, el establecimiento de una presunción favorable a la privación.

Para concluir, es de sumo interés reseñar la Instrucción 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, en la que se insiste en el carácter excepcional de la privación del derecho de sufragio y en evitar que tal medida sea “una consecuencia necesaria de la declaración de incapacidad de una persona, de suerte que aun cuando haya sido modificada la capacidad, el afectado puede conservar su derecho de sufragio, salvo que se le prive motivada y expresamente de este derecho²⁰”.

²⁰ Relacionada con esta Instrucción, y de gran importancia, es la recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio del Interior, de fecha 30 de junio de 2016, en la que manifiesta “Como consecuencia de una petición del CERMI al Defensor del Pueblo para que interpusiese recurso de amparo contra una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, relativa al derecho al voto de una persona con discapacidad, se consideró conveniente recomendar que se promoviese la reforma del artículo 3.1, letras b) y c), de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, atendiendo de este modo la Recomendación de revisión normativa que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas formuló a España en el año 2011. Dicha reforma, en la que habría de procurarse el consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria, tendría el objetivo de reforzar el derecho de sufragio de las personas con discapacidad en nuestro sistema electoral mediante la incorporación de la doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre el ejercicio efectivo de este derecho por las mencionadas personas, de modo que sólo en supuestos de plena inconsciencia o absoluta falta de conocimiento de la persona pueda privarse del derecho al voto.” (Resumen publicado en la página web de la institución. Queja nº 16008346)



2.2. Problemas concernientes a las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La adecuación del sistema jurídico español a las previsiones del art. 12 de la Convención, constituye sin duda alguna uno de los temas más controvertidos en el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la discapacidad²¹. En el informe antes referenciado emitido por el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, respecto a la situación en nuestro país, manifiesta su preocupación por el hecho de que no se hayan 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. Asimismo recomienda la revisión del sistema legal regulador de la tutela y curatela, y su sustitución por otro más acorde con la idea de apoyo precitada, respetando la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona (puntos 33 y 34)²².

²¹ “Artículo 12. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

²² Es de gran interés, para el análisis del artículo 12 de la Convención, la Observación general nº1 (2014), del referido Comité, 11º periodo de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril 2014



En cualquier caso resulta indiscutible el esfuerzo realizado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo para adecuar la interpretación de nuestras normas a las previsiones de la Convención. Es ilustrativa de la jurisprudencia articulada en los últimos años, (con un hito de referencia, la de 29 de septiembre de 2009, dictada por el Pleno de la Sala), la STS 557/2015, de 20 de octubre, que viene a sintetizar los criterios del Alto Tribunal.

Dicha sentencia arranca de la obviedad de que los motivos de incapacitación han de ser objeto de una interpretación restrictiva, para de inmediato afirmar que la incapacitación no es algo rígido, sino flexible, y debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en su graduación. En este punto la sentencia de referencia se hace eco de los precedentes jurisprudenciales, recogiendo una consideración que se viene repitiendo en las resoluciones que la misma cita; *“Como afirma la sentencia de 1 de julio de 2014, citada por la de 13 de mayo de 2015, la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida, que precisa de un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”*, fto. jco. 3º.

Dicho lo cual, el Alto Tribunal invoca la Convención, poniéndola en relación con la doctrina sentada a raíz de la precitada sentencia del Pleno de 2009,



“la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”. El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada”.

En atención a dichas consideraciones, la Sala 1ª señala que *“La tutela está reservada para la incapacitación total y la curatela se concibe en términos más flexibles y está pensada para incapacitaciones parciales (STS 1 de julio de 2014), si bien la jurisprudencia, salvo supuestos de patente incapacidad total, se viene inclinando, a la luz de la interpretación recogida de la Convención, por la curatela (SSTS de 20 octubre 2014; 11 de octubre de 2011; 30 de junio de 2014; 13 de mayo de 2015, entre otras), en el entendimiento (STS 27 noviembre de 2014) que en el Código Civil no se circunscribe expresamente la curatela a la asistencia en la esfera patrimonial, por lo que el amparo de lo previsto en el artículo 289 CC, podría atribuirse al curador funciones asistenciales en la esfera personal, como pudiera ser la supervisión del sometimiento del discapaz a un tratamiento médico, muy adecuado cuando carece de conciencia de enfermedad”.*

En atención a dichas consideraciones, la Sala 1ª revocó el pronunciamiento de la Audiencia Provincial, que, a su vez, había confirmado el de la primera instancia, afirmando que *“para ello resulta determinante que se aplique la cu-*



ratela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009) ”.

Es reseñable la ya citada STS, Sala 1^a, de 30 de septiembre de 2014, en la que tras recordar que ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir y que para conocer cuál sea ese interés, es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible «la diversidad de las personas con discapacidad»; toma en consideración la voluntad de la persona cuya incapacidad se ha declarado, para nombrar tutor a la persona por ella deseada, voluntad que se había obviado en las sentencias dictadas en las instancias.

Como también lo es la de 1 de julio del mismo año, en la que el Tribunal Supremo casa la sentencia dictada en apelación, estimando el recurso de casación tanto en lo concerniente al cambio de régimen de la tutela por el de curatela, como en lo relativo a la designación de la persona que ha de proporcionarle el apoyo. Tras reproducir argumentos similares a los expuestos, la Sala concluye que *“en este contexto de incapacitación parcial, en donde el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interesa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales”*. Es interesante destacar también de esta sentencia el pronunciamiento sobre las costas procesales, no imponiéndolas en la consideración de las serias dudas de derecho que presenta el caso enjuiciado que derivan del nuevo contexto legal en la materia a tenor de la Convención de Nueva York.

En definitiva, este es, en líneas generales, el estado actual de la cuestión. Pese a los innegables cambios efectuados, que van ajustando nuestro ordena-



miento a las exigencias derivadas de la Convención, sigue patente la necesidad de un más completo desarrollo legislativo, sin obviar lo que resulte de la aplicación de la nueva Ley 15/2015, 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

3. REFORZAMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Traeré a colación en este apartado diversas sentencias del Tribunal Constitucional, que tienen como denominador común la configuración de un marco de derechos y garantías, que en modo alguno pueden ser soslayados. Aunque no en todas ellas se cite la Convención, considero de utilidad su mención en este trabajo.

3.1. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico

La STC 13/2016, de 1 de febrero de 2016, se ocupa, entre otros aspectos, de uno de los requisitos, a los que el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, condiciona la validez del internamiento, la existencia previa de un informe médico que lo justifique. Señala el TC, fto. jco. 4, que *“Conforme tiene señalado este Tribunal en la STC 141/2012, FJ 4 a), “se configura como presupuesto objetivo de la medida la existencia en la persona de un trastorno psíquico, al que viene a sumarse la circunstancia de la ‘urgencia’ o necesidad inmediata de la intervención médica para su protección. El significado de lo que ha de entenderse por trastorno psíquico, transitorio o permanente, en línea con lo dispuesto en instrumentos internacionales, remite a los conocimientos propios de la ciencia médica; sin que en ningún caso puedan considerarse como expresión de trastorno o enfermedad mental la discrepancia del afectado con los valores sociales, culturales, políticos o religiosos imperantes en la comunidad”. De esta suerte, la misma STC 141/2012, FJ 5 a), considera como una de las exigencias básicas en la fase extrajudicial (derivadas del respeto al derecho a la libertad personal que garantiza el art. 17.1 CE) para la validez del internamiento urgente no voluntario, la “existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facul-*



tado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial”.

La STC 22/2016, de 15 de febrero de 2016, se ocupa de la denuncia de lesión del derecho a la asistencia letrada de la persona afectada por la medida de internamiento. En el fundamento jurídico cuarto, el Alto intérprete de la Constitución, tras recoger su doctrina, plasmada en las SSTC 141/2012, de 2 de julio, y 7/2011, de 14 de febrero, afirma que *“el art. 763 LEC instrumenta dentro de nuestro sistema de justicia civil, el procedimiento al que se refiere el art. 5.4 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (“toda persona privada de su libertad mediante detención o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal”)*.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando reiteradamente, en aplicación de este precepto, que la persona sometida a una medida de internamiento psiquiátrico debe tener, de un lado, el derecho a ser oída ante la autoridad competente, por sí misma o si carece de la capacidad para ello, a través de algún tipo de representación, pues de lo contrario no se cumpliría con una garantía esencial del procedimiento, para lo que deberán arbitrarse las salvaguardias especiales de orden procesal que permitan la protección de sus intereses. De otro lado, la persona también tiene derecho a contar con un asesor legal, sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación [entre otras, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. Holanda, §§ 60 y 66; 12 de mayo de 1992, asunto Megyeri c. Alemania, § 22, apartados c) y d); 14 de febrero de 2012, asunto D.D. c. Lituania, §§ 163, apartado c), y 166]”. El TC señala a continuación las personas a las que corresponde hacer la designación de abogado, pero subrayando que su asistencia es imprescindible antes de la adopción de la medida, al estar en juego el derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 CE.



Un supuesto de sumo interés es el abordado en la STC 77/2014, de 22 de mayo de 2014, en el que objeto principal del recurso de amparo fue analizar si la decisión judicial de celebrar el juicio oral sin la presencia del recurrente ha vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), al existir en el procedimiento indicios suficientes sobre la existencia de una discapacidad psíquica en el recurrente que pudiera haber influido sobre su comprensión de las consecuencias legales derivadas de su incomparecencia. Señala el Tribunal Constitucional que *“El deber de realizar diligencias complementarias de las estrictamente legales para despejar cualquier duda en relación con la participación de personas con discapacidad mental en el proceso penal tiene sustento, en nuestro Derecho, en el mandato del art. 9.2 CE, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos sea efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y se ampara en el especial deber de protección y apoyo de que gozan las personas con discapacidad”*. Esta sentencia sí cita expresamente la Convención, en concreto sus artículos 2 y 13.1, en el que se recoge el derecho de acceso a la Justicia, poniéndolos en relación con el art.10.2 CE, lo que lleva al Tribunal a concluir que *“en los supuestos de posibilidad legal de celebración de un juicio oral por ausencia injustificada del acusado, la existencia de indicios de que dicho acusado pueda sufrir trastornos mentales que limiten su capacidad de comprensión y, por tanto, de la relevancia de las consecuencias legales de su incomparecencia, impone a los órganos judiciales un deber positivo de desarrollar la actividad necesaria para despejar cualquier duda al respecto”*.

4. DERECHO A LA INTIMIDAD, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN

Dado el propósito de este trabajo, no me extenderé en consideraciones acerca de la delimitación de los perfiles constitucionales de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen, limitándome a recordar una muy consolidada jurisprudencia constitucional, conforme a la cual cabe afirmar que estos derechos tienen como finalidad preservar la dignidad de la persona.

Lo relevante, a los efectos del presente trabajo, es analizar la dimensión que tienen estos derechos cuando su titular es una persona con discapacidad,



lo cual ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 208/2013, de 16 de diciembre.

Los hechos que dieron lugar a la demanda fueron la emisión en el programa de televisión “Crónicas marcianas”, de fecha 16 de octubre de 2002, de una entrevista realizada a una persona que tenía reconocida una discapacidad física y psíquica cifrada en el 66 %, si bien carecía de una declaración judicial de incapacidad. A lo largo de la entrevista se le formularon a esta persona una serie de preguntas acerca de la disyuntiva entre la vocación y ganar dinero, pero en la mayoría de las ocasiones no le permitía que completase una respuesta, interrumpiéndosele con una respuesta o una nueva pregunta, en ocasiones contradictoria con la anterior. Llega un momento en el que el entrevistado se confunde y se contradice, para acabar respondiendo únicamente “hombre, por supuesto”. En una segunda parte de la entrevista, se le pregunta a la referida persona, si es un romántico y, a continuación, le pregunta muy seguido: ¿te gusta la mujer hecha y derecha?, que no sea muy ancha de espaldas, ¿no?, y que esté rasurada, ¿eh? Don J.C.H.A. vuelve abrumarse y, como contestación, reitera únicamente “hombre, por supuesto”. Finalmente, el entrevistador le pide que mire fijamente a la cámara y explique al público lo que espera de una mujer. Don J.C.H.A. se coloca de espaldas a la cámara y el entrevistador le permite permanecer en esa posición mientras explica lo que espera de una mujer. Al fondo, se oyen risas y jolgorio.

Las acusaciones de los demandantes se completan con la denuncia de que la entrevista fue reseñada días después en la página web del propio programa “Crónicas marcianas” y la imagen de don J.C.H.A. apareció “insertada” en la página web, con unas enormes gafas y una foto distorsionada junto a la leyenda: “Periodista, soltero, ligón busca... J. tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”. Asimismo, se añade “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas. Pero si verdaderamente lo sigue pensando, agradézcaselo a..., y sobre todo no dude en permanecer alerta”.

La demanda interpuesta por vulneración de los derechos al honor y a la propia imagen, fue inicialmente desestimada, al considerarse que el demandante



había prestado su consentimiento para la entrevista. Este pronunciamiento fue revocado por la Audiencia Provincial, al entender que aquél no estaba capacitado para prestar el consentimiento. La sentencia de apelación fue recurrida en casación, dando lugar a la STS de 19 de enero de 2010, que estimó el recurso y casó la sentencia de apelación, desestimando la demanda. Para el Tribunal Supremo los derechos al honor y a la propia imagen son derechos de la personalidad, irrenunciables e inalienables, que sólo pueden limitarse por el propio titular con el consentimiento, o por la ley, siempre que concurren los factores que ella misma delimita. En su fundamento jurídico tercero se localiza el argumento esencial en torno al cual gira la estimación del recurso de casación: existe un consentimiento válido porque existe una presunción de capacidad mientras no se acredite una incapacidad, lo que en este proceso no se ha hecho. Por lo demás, el Tribunal Supremo señala que la discapacidad del actor, cifrada en un 66 %, no es declarada por la instancia como hecho probado, sino que es una simple deducción de la documental del pleito, lo que unido al contexto jocoso del programa de emisión, desprovisto de agresividad difamatoria, conduce a estimar el recurso de casación formulado, *“pues si bien resulta poco ético la actuación y comportamiento del medio televisivo, y las personas físicas intervinientes, la misma no es reprobable desde el ámbito estrictamente jurídico, al no suponer socialmente en tal contexto un menoscabo a su fama, dignidad y propia estima”*.

El TC tras deslindar el contenido propio de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y tras reiterar su doctrina sobre cómo ha de realizarse la ponderación de tales derechos cuando entran en conflicto con el derecho a la libertad de información, aborda los perfiles específicos de las personas con discapacidad, entroncando aquellos con el artículo 49 CE²³ y con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen²⁴. Afirma el TC *“Así*

²³ Art. 49 CE: *“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”*.

²⁴ El art. Tercero. Uno de dicha ley dispone que *“El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”*



pues, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se refiere al consentimiento de las personas incapaces y dicha expresión ha sido entendida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de enero de 2010 –hoy impugnada en amparo– como una referencia a las personas declaradas judicialmente incapaces y, en aplicación de criterios objetivos, ante la inexistencia de una declaración judicial de incapacidad, afirma que ha de presumirse su capacidad. Sin embargo, hay que superar esa percepción objetiva de la incapacidad y partir de la premisa obvia de que cuando una persona manifiesta una discapacidad, dicha persona puede poseer capacidad de entendimiento, lo que no significa ignorar la existencia de diversos tipos y grados de discapacidad (física, psíquica o sensorial) que, sin comportar expresamente limitaciones en la capacidad de actuar en el mundo jurídico, sí les sitúan en una especial situación que el órgano judicial debe adecuadamente valorar. En esta dirección, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y, asimismo, las normas internacionales de protección de las personas con discapacidad, muy en particular, la más reciente Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, de la que España es parte, suponen un paso más hacia la igualdad de las personas con discapacidad y el reconocimiento de su capacidad para poder realizar actos con importantes consecuencias, no sólo en la esfera patrimonial, sino en la personal. Las normas citadas, si bien son posteriores a los hechos objeto de este amparo, evidencian la progresiva consolidación de un avance en la concepción de la tutela de las personas con discapacidad, al objeto de que su situación se haga depender de la protección legislativa adecuada, si bien aún no suficientemente desarrollada”.

El TC censura el criterio formalista de comprobación para valorar la emisión del consentimiento, señalando que a tenor de las circunstancias concurrentes y los derechos constitucionales afectados, era exigible extremar el celo y las cautelas para examinar la prestación de un consentimiento válido; lejos de ello, concluye el Tribunal “*utilizaron esa situación de vulnerabilidad del señor H. con la clara y censurable intención –como apreciaron las Sentencias de primera instancia y apelación– de burlarse de sus condiciones físicas y psíquicas, atentando de esa manera no sólo contra sus derechos al honor y a la*



propia imagen, sino incluso contra su dignidad. Y la conclusión anterior no puede resultar condicionada por el hecho de que no mediara una declaración judicial de incapacitación del señor H., pues ello supondría, en definitiva, supeditar la eficacia de la previsión del art. 49 CE, y el consiguiente disfrute por parte de las personas con discapacidad de los derechos constitucionales, a la existencia de tal declaración, limitación que en modo alguno cabe extraer de la previsión constitucional.”

5. EPÍLOGO

El repaso de los temas abordados en este trabajo no agota, lógicamente, ni todas las materias ni todos los pronunciamientos judiciales atinentes a la discapacidad, lo que además, desbordaría las limitaciones propias de este trabajo; pero ello no obsta a dejar dicho que en los últimos tiempos se han dictado sentencias muy relevantes, de enorme trascendencia. Así, entre otros varios, el TS se ha pronunciado sobre el deber de proporcionar alimentos²⁵, sobre el derecho de subrogación arrendaticio²⁶, etc.

²⁵ Así cabe reseñar la STS nº 372/2014, de 7 de julio, Sala 1ª, en la que el Tribunal Supremo señala que la obligación de proporcionar alimentos a los hijos se prolonga más allá de la mayoría de edad en aquellos casos en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad. Dedicó esta sentencia una hermosa consideración al valor de la Convención “... , la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano que al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será el cambio de las actitudes hacia estas personas para lograr que los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Decir que el hijo conserva sus derechos para hacerlos efectivos en el juicio de alimentos, siempre que se den los requisitos exigidos en los artículos 142 y siguientes del Código Civil , no solo no responde a esta finalidad, sino que no da respuesta inmediata al problema. El problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores, para reconducirlo al régimen alimenticio propio de los artículos 142 y siguientes del Código Civil , como deber alimenticio de los padres hacia sus hijos en situación de ruptura matrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 93 CC, pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación per-



El propósito del mismo no era hacer una recopilación exhaustiva, sino, por un lado, el de exponer los puntos más problemáticos, aquellos en los que asistiremos a cambios en los tiempos venideros; y por otro, tratar de reflejar lo más certeramente posible el firme compromiso de la judicatura con nuestro papel de garantes de los derechos humanos, particularmente los de las personas más vulnerables. Con nuestros aciertos y nuestros errores, pero reconocibles en la defensa de los valores que conforman el Estado Social y de Derecho. Creo, honradamente, que ello ha propiciado cambios importantes en el modo de entender y hacer efectivos los derechos de las personas, tal como se ve en las sentencias que he analizado. Siendo de Justicia decir que esa transformación es el resultado de una obra coral, donde fiscales, abogados y miembros de la comunidad jurídica, realizan aportaciones que enriquecen el debate y propician soluciones más justas.

Junto a este esfuerzo personal, son necesarios cambios en nuestra legislación, que son preconizados desde diferentes ámbitos²⁷, tal como he querido reflejar a lo largo de esta exposición; cambios que no solo adecuen nuestro sistema normativo a los postulados de un texto internacional que nos vincula y que forma parte de nuestro ordenamiento interno, sino también, y esto es lo más importante, que reflejen qué tipo de sociedad queremos ser.

6. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO DEL RINCÓN, L.E, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.46.

sonal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico” (fto. jco. 2º)

²⁶ STS 386/2014, de 11 de julio, Sala 1ª, “Se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: en la interpretación de la Disposición Transitoria 2ª B) de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, apartado 4º, párrafo 3º, en relación con la Disposición Adicional novena de la misma Ley, en materia de subrogación *mortis causa*, es suficiente para reconocer la subrogación que se produzca la situación de convivencia y el hijo se encuentra afectado por la minusvalía, sin necesidad de que esta hubiera sido declarada en el momento del fallecimiento del arrendatario por el órgano competente”.

²⁷ He de añadir a las opiniones recogidas en las líneas precedentes, el reciente informe emitido por la Sociedad Española de Neuropsiquiatría, sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad, mayo 2016.



- DIAZ ALABART, S., “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”. *Revista de Derecho Privado*, 96 (1-2012), págs. 10 y ss, Madrid: Editorial EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas
- GARAPON, A., *Juez y Democracia*, Madrid: Flor del viento ediciones, 1997, p. 284.
- GARCÍA HERRERA, M.A, LÓPEZ BASAGUREN, A., “Constitución y Poder Judicial, la incompleta realización del Poder Judicial”, *Poder judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, Estudios de Derecho judicial*, nº 90. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 148 y ss.
- GARCÍA LORENTE, J., “Aplicabilidad práctica de la Convención por la Administración de Justicia española”, *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: aplicabilidad en el ámbito de la Administración de Justicia en España. Colección: Cuadernos Digitales de Formación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, nº 17, 2009.
- ITURRI GÁRATE, J. C., “La discapacidad a la luz de la Convención y su recepción en las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Discapacidad y nuevas tecnologías. Colección: Cuadernos Digitales de Formación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, nº 38, 2015.
- MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., “Derechos fundamentales y discapacidad”, *Colección Convención ONU*, nº 14. Madrid: Ediciones Cinca, 2015, pág. 31.
- SALA SÁNCHEZ, P. “El Gobierno del Poder Judicial”. *Constitución y Poder Judicial, XXV Aniversario de la Constitución de 1978*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, p. 224.



VARELA ATRÁN, B., “Aplicación directa de la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas. Comentario a la STSS, Sala 1ª. De 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014”, en Diario La Ley, N° 8440, Sección Columna, 12 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Madrid: Editorial La Ley.

VII. EL EXAMEN DE ESPAÑA EN APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN: ASIGNATURAS PENDIENTES Y CAMINO RECORRIDO

Isabel María Martínez Lozano

Comisionada para Universidad, Juventud y Planes Especiales
Fundación ONCE

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. – 2. CAMBIOS NORMATIVOS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS EFECTIVOS. – 3. ASPECTOS POSITIVOS Y RECOMENDACIONES DE CAMBIO. – 4. RETOS PENDIENTES EN UN CAMINO SIN RETORNO

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

España fue uno de los diez primeros países que ratificó la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención), y fue el primero en presentar su informe de cumplimiento. El 20 de septiembre de 2011, España defendía así en Ginebra ante el Comité su informe y pasaba un exhaustivo examen, que pretendía colocarnos de nuevo en la vanguardia de la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad. De hecho España fue el segundo país en ser examinado, después de Túnez¹.

¹ 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.



En aquel momento tuve la oportunidad de liderar la delegación española que se encargó de defender el informe de España, formada por 16 Altos Funcionarios de la Administración General del Estado, junto al CERMI y el Defensor del Pueblo, instituciones que participaron como Observadores, presentando sus propios “*informes a la sombra*”.

En este artículo y desde esa rica experiencia, trataré de hacer un repaso por lo que significó aquel examen para España, las luces y las sombras que arrojaron las recomendaciones del Comité, el camino avanzando y el impulso dado por la Convención así como algunos de los retos que, en mi opinión, tenemos por delante.

Hasta ahora y a pesar de que han pasado ya diez años de la celebración de la Convención, éste ha sido el único informe presentado por España, a pesar de que el propio Comité en sus recomendaciones instaba a España a presentar un nuevo informe de seguimiento en diciembre de 2015. Por tanto, los deberes que tenemos por delante se acumulan.

La fórmula establecida para permitir al Comité controlar el grado de cumplimiento en la aplicación de la Convención, está prevista en sus artículos 35 a 37, donde se exige la presentación de un informe a los propios Estados, procediéndose posteriormente a un examen. Precisamente este mecanismo de control es uno de los instrumentos más poderosos de los diferentes tratados de derechos humanos, porque son realmente los acicates para agitar a los Estados a cumplir con sus responsabilidades tras la ratificación de los mismos².

España ha demostrado siempre su compromiso con los organismos multilaterales y especialmente con los órganos de tratados de Derechos Humanos, y ha venido desarrollando tradicionalmente un gran esfuerzo por cumplir su

² Artículo 35

1. Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate.

2. Posteriormente, los Estados Partes presentarán informes ulteriores al menos cada cuatro años y en las demás ocasiones en que el Comité se lo solicite.



obligación de rendir cuentas ante estos organismos. Pero cuando hablamos de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, hablamos del primer tratado de derechos humanos del siglo XXI y por tanto de un instrumento jurídico más exigente y que recoge en todas sus consecuencias el enfoque de la discapacidad basado en derechos.

Como se ha destacado muchas veces, y especialmente por las organizaciones de las personas con discapacidad, la Convención constituye un verdadero cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, que en el caso de España, enlaza, consolida y sirve de avance para esa línea que establecía nuestro propio mandato constitucional. Justo 30 años más tarde, desde el 3 de mayo de 2008 cuando entra en vigor la Convención, tras ser ratificada, comenzaba un proceso complejo no sólo de valoración y análisis del impacto normativo que implicaba la misma en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino de un cambio en las políticas públicas y la consideración social y política de la discapacidad, lo que se ha traducido sin duda en un mayor respeto, dignificación y empoderamiento de un colectivo cada día más numeroso en nuestro país.

Voy a tratar de hacer un repaso en este artículo de ese impacto y de ese recorrido.

2. CAMBIOS NORMATIVOS, POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS EFECTIVOS

España, como otros países de nuestro contexto continental tiene una larga tradición legislativa en derechos y libertades. Sin embargo esa proliferación legislativa no siempre ha venido acompañada de garantías suficientes para la defensa de los mismos. De hecho muchas de las normas que hemos ido aprobando en las últimas décadas, adolecen posteriormente de regulaciones reglamentarias y políticas públicas adecuadas para hacer efectivos los derechos en ellas reconocidos. En cualquier caso y a pesar de eso, han sido estos avances legislativos, los que han permitido a la sociedad española avanzar en las últimas décadas, más rápidamente que los países de nuestro entorno en derechos sociales, sobre todo cuando han venido precedidos de grandes consensos.



La preocupación por mejorar las condiciones y situaciones de las personas con discapacidad en España formó parte precisamente de ese consenso, de ese pacto social del que nace la recuperación de los derechos y libertades fundamentales y la recuperación de la vida democrática. Con la terminología del momento, la Constitución del 78 se preocupó específicamente de las personas con discapacidad, señalando en su artículo 49 que las personas con discapacidad son titulares de todos los derechos reconocidos en la Constitución. Al mismo tiempo, nuestra Constitución estableció un mandato a los poderes públicos para que amparase especialmente el disfrute real y efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con todos los ciudadanos.

Este mandato se puso en marcha con cierta rapidez y culminó con la entrada en vigor de la Ley de integración social de las Personas con Discapacidad en abril de 1982, (conocida popularmente, desde entonces, como LISMI); sin duda, una norma que produjo unos efectos innegables en nuestro país para favorecer la *integración social de las personas con discapacidad*, y que inició la senda de un enfoque social de la discapacidad, superando los modelos meramente médicos y asistencialistas.

Desde entonces, el salto cualitativo más importante dado desde ese enfoque, ha sido el que ha aportado la Convención. En el proceso de transición a nuestro ordenamiento jurídico, lo más relevante es que se estableció por primera vez la transversalidad como un mandato claro y fundamental a la hora de aplicar los contenidos de la Convención en el Ordenamiento Interno, como señalaba el art. 4.1, c). Para ello, se contó para su aplicación, con un órgano transversal como fue la Dirección General de Coordinación de Políticas Sectoriales sobre la Discapacidad, desde la que se coordinó la acción de todos los departamentos de la Administración General del Estado

Si hacemos una revisión de cómo fueron esos primeros pasos de la adaptación normativa de España a la Convención, merece la pena recordar, que unos meses después de su entrada en vigor, en 2009, se constituyó por Acuerdo de Consejo de Ministros un Grupo de Trabajo compuesto por los entonces *Minis-*



terios de Sanidad y Política Social; Ciencia e Innovación; Cultura; Defensa; Economía y Hacienda; Educación; Fomento; Igualdad; Industria, Turismo y Comercio; Interior; Justicia; Medio Ambiente y Medio Rural y Marino; Presidencia; Política Territorial; Trabajo e Inmigración y Vivienda, con el encargo de estudiar y valorar las adaptaciones necesarias. Fruto de los trabajos de ese Grupo, el 30 de marzo de 2010 se aprobó el “*Informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad*” y, asimismo, se encomendó a los Ministerios implicados que, en el ámbito de sus competencias, impulsasen las reformas comprometidas en aquel informe.

Hay que reconocer también en este apartado, que previamente desde el CERMI y Fundación ONCE se desarrollaron diversos trabajos e informes que facilitaron esa labor, incluyendo además las principales reivindicaciones y demandas del movimiento asociativo de la discapacidad³.

Las principales medidas se plasmaron posteriormente en la Ley 26/2011 que introducía las reformas necesarias en una veintena de normas, para cumplir los fines de la Convención en los distintos ámbitos normativos que afectan a la vida cotidiana de las personas con discapacidad. También quedaba reforzado en esta Ley el diálogo civil y la participación las asociaciones de las personas con discapacidad y sus familias. La Ley incorporó definitivamente el modelo de derechos humanos de la política sobre la discapacidad basado en las capacidades diferenciadas, y para ello entre otras cosas incluía una definición legal de «persona con discapacidad» contenida en la Convención. También se incluía un nuevo apartado de garantía de igualdad y no discriminación en el acceso a bienes y servicios públicos, incluyendo la contratación de seguros, de forma que no se pueda denegar el seguro a las personas con discapacidad por este motivo, ni se les pueda imponer condiciones más gravosas que al resto de la población. Y como novedad en el campo de la protección frente a la discrimi-

³ “La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español”. Madrid. Fundación ONCE/CERMI. 2008
Pérez Bueno, Luis Cayo: “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios”. Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión. Ediciones cinco/cermi, 2010.



nación, la nueva ley incluía una mención expresa al derecho a recibir indemnización en caso de discriminación. En los procesos judiciales en los que se deduzca que ha habido discriminación por razón de discapacidad, se invierte además la carga de la prueba, correspondiendo a la parte demandada probar que no ha habido discriminación, como ya sucedía por ejemplo en los casos de discriminación por razón de género.

Otro ámbito importante que incluía la Ley se refería al empleo, ampliándose en las ofertas de empleo público, el cupo de reserva de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad al siete por ciento, contenido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y se crea, por vez primera con rango legal, una cuota específica, dentro de la genérica, para personas con discapacidad intelectual.

Aunque no procede hacer un análisis en profundidad de todo el contenido de la Ley, cabe destacar también como avances normativos importantes en este proceso, los referentes a la accesibilidad ya que se establece la obligatoriedad de que todas las infraestructuras promovidas por la Administración General del Estado, cuenten con una memoria de accesibilidad. Se añaden además algunas garantías nuevas en el derecho a la participación de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones en los procesos electorales, sin que la discapacidad pueda suponer ningún límite o dificultad a la hora de ejercitar los derechos políticos en base a los artículos 4 y 29 de la Convención. Todo ello se incluye en el *Decreto sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales*, que pudo ser aplicado en las elecciones regionales y locales de 22 de mayo de 2011.

En el ámbito de la sanidad se modificaron diversas leyes, para reforzar la autonomía de las personas con discapacidad y que estas puedan tomar por sí mismas decisiones en procesos sanitarios, como trasplantes, recibiendo para ello la información necesaria en formatos accesibles. También se incluía la discapacidad como causa de no discriminación en su relación con las administraciones públicas sanitarias. Igualmente, se garantizó el derecho a recibir la información sobre los servicios y productos farmacéuticos en formatos accesibles y comprensibles.



Junto a esta Ley y el Real Decreto 1276/2011 de 16 de septiembre, que le siguió, se impulsaron otros documentos y Planes que han marcado el impulso de las políticas públicas de la discapacidad desde entonces. El 26 de septiembre de 2008 el Consejo de Ministros aprobó la “Estrategia Global de Acción para el Empleo de personas con discapacidad 2008-2012”. El 29 de julio de 2011 se aprobó, impulsada por el Ministerio de Cultura la “*Estrategia española de cultura para todos*”, que establecía los objetivos y acciones para avanzar en la integración y participación de las personas con discapacidad en la cultura.

Por último, uno de los instrumentos que avanzó en la aplicación de la Convención fue la “*Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020*”, elaborada con la participación del movimiento de la discapacidad, que establecía de manera transversal e integral la política de discapacidad en el largo plazo⁴. La estrategia definía políticas en el ámbito de la accesibilidad, el empleo, la educación y formación, la pobreza y exclusión social, la información, la participación, igualdad de género, etc. y partía de la Estrategia Europea 2020, como máximo instrumento de compromiso político de todos los europeos.

Siguiendo así los objetivos cuantificados que aprobó la estrategia europea 2020, se asumía que no sería posible alcanzar los objetivos de desarrollo marcados por la Unión Europea, sin el progreso del colectivo de personas con discapacidad. En concreto los objetivos de aumentar la población ocupada de hombres y mujeres hasta el 75%, reducir la tasa de abandono escolar prematuro al 10%, incrementar hasta el 40% la proporción de personas entre 30 y 34 años con estudios superiores y reducir en un 25% (o sea, en 20 millones de personas) la población con riesgo de pobreza o exclusión, no serían ni serán posibles, sin una acción positiva clara a favor de este colectivo, cuyos indicadores se encuentran muy por debajo de la media de la población en general.

Por eso, uno de los objetivos principales de la Estrategia Española sobre Discapacidad, pretendía fomentar el acceso de las personas con discapacidad al empleo, a la educación y la cultura, no perder el talento del colectivo y coadyuvar al resto de ciudadanos para alcanzar los objetivos estratégicos generales propuestos por la Unión Europea.

⁴ Aprobada por Acuerdo del Consejo de Ministros el 14 de octubre de 2011



Estas fueron las principales propuestas normativas introducidas hasta el año 2011, fecha, como he señalado, del primer examen a España sobre el cumplimiento de la Convención. El impacto generado desde su entrada en vigor en 2008 fue por tanto sustancial, no sólo porque se modificaron normas importantes y aprobaron nuevos planes de acción, sino porque se modificó todo un procedimiento de actuación en las administraciones públicas, que ha ido calando en otros sectores poco a poco. Mucho personal funcional se ha ido formando sobre la atención y necesidades de las personas con discapacidad y los poderes públicos en general, han ido asumiendo un nuevo discurso de la discapacidad basado en derechos, que ha impregnado las políticas públicas, hasta el punto que los propios servicios sociales han dejado a un lado los sesgos asistencialistas de las prestaciones y recursos que gestionan. También ha cambiado el propio imaginario colectivo sobre la discapacidad, que empieza a superar viejos prejuicios y estereotipos sobre las personas con discapacidad.

A partir de aquí y en los últimos cinco años desde aquel informe, el mayor avance normativo ha sido quizás la aprobación del texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social, aprobado en diciembre de 2015. Este texto sin embargo no aporta novedades normativas, sino una recopilación de las principales normas dispersas hasta el momento.

Antes de pasar a realizar un personal análisis de retos pendientes y el camino de futuro en el cumplimiento de la Convención, analizaré a continuación, cuáles fueron las luces y las sombras de aquel informe, siguiendo las recomendaciones del propio Comité.

3. ASPECTOS POSITIVOS Y RECOMENDACIONES DE CAMBIO

Como se mencionaba en el epígrafe anterior, el Real Decreto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (Real Decreto 1276/2011 de 16 de septiembre) preveía la designación del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) como mecanismo independiente de dicha Convención. Desde este papel, el CERMI presentó ante el Comité, el “Informe Alternativo de la situa-



ción de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en España 2010”, que tenía como finalidad analizar el estado de aplicación y respeto de los derechos y principios incluidos en la Convención, ofreciendo así información complementaria a la proporcionada por el Gobierno. Este informe fue también tenido en cuenta por el Comité de Expertos, que hizo alusión a algunas de sus consideraciones en las observaciones finales realizadas. El informe presentado por el CERMI incluye algunos elementos de mejora, que tienen que ver fundamentalmente con exigir más garantías de protección frente a la discriminación, la accesibilidad, el sistema de apoyos y la incapacidad, el acceso a la justicia y a la vida independiente y el propio derecho a la vida recogido en el artículo 10, sobre el que me detendré más adelante.

La mayoría de las propuestas de mejora recogidas en dicho Informe mantienen su vigencia al día de hoy, y algunas forman parte de la agenda legislativa que el CERMI ha planteado en documentos recientes. A lo largo de estos años, con diversos Gobiernos, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad –CERMI–, que ha llevado la voz de las personas con discapacidad en España a todas las instituciones centrales, regionales y locales, ha sido así un gran aliado de las administraciones públicas, y se ha caracterizado por su labor constructiva, de colaboración y de sana crítica cuando ha sido necesario. No obstante también ha habido felicitaciones, cuando se han cumplido expectativas por parte del movimiento de personas con discapacidad.

A la luz por tanto del Informe presentado por España, el examen protagonizado por la Delegación Española y los informes complementarios del CERMI y el Defensor del Pueblo, el Comité emitió observaciones finales a España, donde se destacan aspectos positivos, aspectos de mejora y propuestas de cambio. Muchas de ellas mantienen una vigencia manifiesta, sobre todo teniendo en cuenta que desde el año 2011 no ha habido cambios legislativos significativos, más allá del texto refundido y tampoco un impulso a las políticas públicas de apoyo a la discapacidad, sino más bien recortes y ajustes en dichas políticas⁵.

⁵ Toda la información está recopilada en: “DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD INFORME ESPAÑA 2011. DIRECTORES: Luis Cayo Pérez Bueno, Ana Sastre Campo. Ediciones Cinca, Octubre 2012”



a. Aspectos Positivos

En sus recomendaciones, el Comité reconoció el compromiso de España con la discapacidad por haber sido el primer país en presentar su informe escrito y destacó el diálogo fluido y transparente con el Gobierno de España.

Los 17 expertos internacionales que formaron parte del Comité, felicitaron a España por el rápido traslado que se hizo al ordenamiento jurídico a través de la ley 26/2011 de adaptación a la Convención y el posterior Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre.

El Comité se mostró muy satisfecho por la Ley 51/2003 sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, y destacó los esfuerzos realizados en esta materia. Aunque también se recomendaba que se mantuviera ese esfuerzo en el tiempo para garantizar las dotaciones financieras y de personal necesarias.

Igualmente, el Comité destacó como un aspecto positivo la designación del CERMI como mecanismo nacional de seguimiento y vigilancia en el cumplimiento de la Convención, dando así un protagonismo directo a la sociedad civil.

Se valoraron muy positivamente las diversas medidas y planes estratégicos en materia de inserción laboral de las personas con discapacidad y los buenos datos de empleo que había en aquel momento, aunque se recomendaba un mejor seguimiento e inspección de las medidas positivas, como el cumplimiento de la cuota de reserva del 2% de contratación de personas con discapacidad en las empresas de más de 50 trabajadores.

También fue muy significativa la valoración del Comité sobre la política de educación y discapacidad y se destacó como un gran logro, que España roce el 80% de escolarización ordinaria de los niños y niñas con discapacidad y animaba a seguir por ese camino hasta garantizar la total escolarización inclusiva. En ese sentido, y aunque el Comité realiza diversas recomendaciones en la materia, reconoce que España constituye un ejemplo a nivel internacional en la



eficacia y garantía de los derechos sociales de las personas con Discapacidad, así como su compromiso en materia de cooperación internacional.

b. Elementos de preocupación

Como elementos de preocupación, el Comité señaló la asistencia jurídica gratuita, la necesidad de velar por la reglamentación de las infracciones y sanciones en las Comunidades Autónomas. Mostró asimismo su preocupación por el poco cumplimiento de las normas de accesibilidad, sobre todo en los niveles regional y local y en el sector privado.

En otro orden de cosas, alertó sobre el régimen jurídico que permite el internamiento de las personas con discapacidad en España, incluidas las personas con discapacidad intelectual y psicosocial ("enfermedad mental"), en establecimientos especiales. Le preocupaba que, según su análisis, se recurra aún a medidas urgentes de internamiento que contienen solo salvaguardias *ex post facto* para las personas afectadas. En este sentido también aludía a los malos tratos que, según ellos, sufren las personas con discapacidad internadas en centros residenciales o en hospitales psiquiátricos.

Otra de las deficiencias puestas de relieve fueron la falta de recursos y de servicios para garantizar el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, en particular en las zonas rurales. Reconocía que es preocupante que la elección de residencia de las personas con discapacidad se vea limitada por la disponibilidad de los servicios necesarios, así como el hecho de que, según se dijo, quienes viven en establecimientos residenciales no tienen otra alternativa que ese internamiento.

También se refirió el Comité a la Ley de promoción de la autonomía personal y el límite de los recursos disponibles para contratar asistentes personales.

En relación a los derechos de las mujeres con discapacidad, el Comité expresó 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.



Con respecto a la participación también se preocupó el Comité por la posibilidad de que se pueda ver restringido 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 inquietaba además que la privación de ese derecho pueda ser la regla y no la excepción.

c. Recomendaciones

En el capítulo de recomendaciones de manera resumida, el comité recomienda a España algunos elementos de mejora en su sistema normativo y político para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, entre las que destacan:

1. Garantizar que todas las personas con discapacidad (PCD) tengan acceso a la protección contra la discriminación con independencia de su nivel de minusvalía.
2. Mejorar del sistema de arbitraje previsto en la LIONDAU.
3. Garantizar la participación de las personas con discapacidad, especialmente en el nivel autonómico.
4. Mejorar en la formación y sensibilización de los distintos profesionales.
5. Garantizar la transversalidad de género y los derechos de las mujeres con discapacidad.
6. Desarrollar el artículo 12 de la Convención y sustituir los mecanismos de sustitución de la voluntad (tutela, curatela) por mecanismos de apoyo a la voluntad de las personas con discapacidad.
7. Revisar la legislación que permite el internamiento forzoso de personas con problemas graves de salud mental.
8. Derogar la despenalización de la esterilización forzada de las personas con discapacidad y eliminar la esterilización sin consentimiento.
9. Revisar la LOREG para evitar que se pueda privar del derecho al voto a las personas con discapacidad.



d. El controvertido derecho a la vida

He dejado para el final la recomendación probablemente más polémica aportada por el Comité y que fue advertida por el Informe alternativo que presentó el CERMI.

El Comité en sus observaciones recomienda suprimir la distinción que se hace en las indicaciones, según los plazos establecidos por la Ley 2/2010 de 3 de marzo de 2010 de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo, al entender que se establece una discriminación por razón de discapacidad⁶.

Esta cuestión requiere, en primer lugar, una precisión sobre el alcance del artículo 10 de la Convención que fue tenido en cuenta por el Consejo de Estado en España, al informar el Anteproyecto de Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. El artículo 10 de la Convención establece "el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos". Sin embargo, el alcance subjetivo de esta expresión no resulta pacífico, ni se deduce claramente de la Convención. Las normas, la jurisprudencia y la práctica internacional remiten la cuestión del comienzo de la vida y de la titularidad a la misma a la decisión de cada Estado. En España, según la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, el feto, sin perjuicio de ser un bien jurídico digno de protección, no se le considera como titular del derecho a la vida, no cabe aplicarle el artículo 10 de la Convención y no puede considerarse contrario a la misma el artículo 15.b) de la ley según reconoció el propio Consejo de Estado.

⁶“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 embarazo, permite que se ponga fin al embarazo durante las primeras 14 semanas e incluye dos casos específicos en los que se amplian 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. “ y recomienda finalmente que se 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.”



Hecha esta precisión, acerca del alcance subjetivo del artículo 10 de la Convención, la regulación contenida en la legislación vigente, en mi opinión, no establece una protección menos ventajosa del no nacido al que se le detecta una discapacidad, sino que establece un sistema gradual de protección y de conciliación de esa protección con otros derechos. La legislación española trata de hacer compatible la protección de la vida humana en formación y los derechos de los que es titular la mujer embarazada, pues según el Tribunal Constitucional español no cabe *«ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derechos que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir, dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y bienes asimismo reconocidos por la Constitución»* (STC 53/1985, FJ 8).

La ley se fundamenta en un principio de gradualidad, según el desarrollo de la gestación. En dicho desarrollo «tiene –como ha afirmado la STC 53/1985– una especial trascendencia el momento a partir del cual el nasciturus es ya susceptible de vida independiente de la madre». La mujer embarazada, según el grado de desarrollo del nasciturus, está autorizada por la ley a pedir la interrupción con sujeción a determinados requisitos. El incumplimiento de estos requisitos determina la aplicación del Código Penal, al no ser un supuesto de interrupción voluntaria del embarazo autorizada por Ley.

La Ley como se recordará distingue tres etapas diferentes:

1. Durante las primeras 14 semanas de gestación, en las que la vida en formación depende por completo de la mujer embarazada, se impone a la madre un plazo de reflexión antes de que decida sobre una eventual interrupción del embarazo, en el que es informada sobre los derechos y prestaciones previstas en caso de maternidad. En este período la salud o viabilidad del feto carece de relevancia para fijar las condiciones de interrupción del embarazo.
2. Entre las 14 y 22 semanas de gestación. En las 22 semanas se sitúa el umbral de la viabilidad fetal, según consenso general avalado por la comunidad científica. Durante este período, la Ley Orgánica 2/2010 per-



mite la interrupción del embarazo siempre que concurra una de estas dos indicaciones de carácter médico: «que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada», o «que exista riesgo de graves anomalías en el feto». Hasta ese momento en el que la viabilidad del feto depende de la madre, prima la protección de los derechos de ésta en caso de conflicto entre la protección de feto y la salud, la libertad o la dignidad de la madre. Pasado dicho plazo, la protección del nasciturus prima sobre los derechos de la madre, en la medida en que cabe, en caso extremo, mantener la vida fuera del seno materno. No se trata de una medida eugenésica basada en la discapacidad, sino que utiliza un criterio médico, y se establece el mismo plazo que en caso de riesgo para la salud o la vida de la madre, sin establecer ninguna diferenciación.

Transcurridas las 22 semanas, la interrupción del embarazo se prevé con carácter excepcional: en los supuestos de inviabilidad del feto o padecimiento de una enfermedad extremadamente grave e incurable (artículo 15 de la LO). El primer supuesto no es en sentido estricto un aborto, porque el feto es inviable y no hay nasciturus susceptible de protección (es una práctica médica que ha quedado desde siempre fuera de los límites de la protección penal). El segundo no tiene relación con la discapacidad, sino que regula una situación o caso límite de salud del nasciturus (enfermedad extremadamente grave e incurable). En este caso “el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia” (STC 53/1985). Exigir la continuación del embarazo cuando hay una evidencia reconocida por un comité clínico de que la persona que nazca estará condenada a padecer una enfermedad de gravedad extrema e incurable –ambas condiciones han de darse cumulativamente–, constituye una obligación desproporcionada y cruel para la madre y la familia. No sólo eso sino que puede entrañar un atentado a la dignidad de la vida humana en formación que se dice querer proteger.

La ley por tanto en ningún caso menciona la discapacidad y está alineada con las leyes de indicaciones y plazos de nuestro entorno Europeo, similares a Alemania, Gran Bretaña o Francia. En España es imposible legislar conforme



a una Ley de plazos sin indicaciones por el modelo establecido ya por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. En todo caso, en mi opinión, la Ley 2/2010 de 3 de marzo supone un avance respecto de la valoración social y jurídica de la discapacidad, recogida en el art. 417 bis del Código Penal de 1973, creado por la LO 9/1985, de 5 de julio, y mantenida en el Código Penal de 1995 hasta la nueva Ley (LO 10/1995, de 23 de noviembre) por medio de su Disposición Derogatoria, 1. a). La nueva legislación ha mejorado la redacción de las normas precedentes, en la medida en que se habla ahora no de “graves taras”, sino de “graves anomalías en el feto”, siendo éste un concepto más preciso técnicamente. No sólo se ha mejorado técnicamente la redacción, sino que se ha desposeído a ésta de las connotaciones peyorativas que en nuestra lengua se han asociado tradicionalmente al término “tara”, en perjuicio de las personas discapacitadas. Esta Ley no ampara por tanto en mi opinión, ninguna práctica de eugenesia en nuestro país, que sería intolerable en un Estado que legisla siguiendo los principios más básicos de protección de los Derechos Humanos, y está en consonancia con el resto de leyes existentes de hace décadas en todos los países europeos, en línea con las recomendaciones internacionales emanadas de la propia ONU (Comité CEDAW) y la OMS.

4. RETOS PENDIENTES EN UN CAMINO SIN RETORNO

La Convención, por su integralidad, obliga a un constante ejercicio de reflexión sobre novedades y adaptaciones normativas a considerar, ya que el cambio de modelo es tan relevante que afecta a otras muchas esferas que exigen estrategias normativas diferentes. Sin embargo, más allá de los continuos cambios normativos, y a la vista de los cambios sociales tan profundos que estamos experimentando desde la crisis iniciada en 2008, el futuro de la aplicación de la Convención requiere una mirada de largo alcance, que tenga en cuenta un nuevo diagnóstico de la realidad social de las personas con discapacidad, sus expectativas, el papel de las políticas públicas y los nuevos roles del sector privado en nuestra sociedad.

No me voy a detener en la agenda legislativa de futuro planteada por el CERMI y el movimiento de la discapacidad, que comparto plenamente, pero



si voy a apuntar algunas líneas de acción que considero importantes para seguir avanzando en los objetivos de dignificación, autonomía y empoderamiento de las personas con discapacidad que la Convención plantea.

A estas alturas ya del siglo XXI, lo que está claro es que el impacto de las normas y las políticas públicas de la discapacidad ha generado nuevas expectativas, tanto para el movimiento social organizado como para todas las personas con discapacidad, que se han socializado en entornos que como el nuestro, garantiza la igualdad de oportunidades y reivindica el derecho a la igualdad. Los jóvenes con discapacidad disfrutan de una mayor exigencia de sus derechos y manifiestan su derecho a tener derechos, sin necesidad de “hacer bandera” de sus diferencias, sino desde la normalidad.

Por otro lado, en la sociedad del conocimiento, la exclusión y la discriminación cotidianas provienen en mayor medida del nivel de educación de las personas, que por sus rasgos o circunstancias sociales o personales. Los déficits de educación y formación son elementos que añaden una mayor vulnerabilidad en las personas en intersección con la discapacidad, la raza, el sexo o la edad. Por eso uno de los retos más importantes que tenemos por delante para la inclusión social de las personas con discapacidad, es seguir apostando por la educación inclusiva y el acceso a la educación superior de las personas con discapacidad. Éste tendrá que ser un objetivo relevante para facilitar al mismo tiempo la promoción profesional y el ascenso social de las personas con discapacidad, que puedan acceder a puestos directivos y cualificados en el mercado de trabajo, lo que contribuirá de manera notable a una inclusión plena y normalizada. La imagen de profesionales cualificados con discapacidad en todos los sectores competitivos, incluidos los altos niveles funcionariales de las administraciones públicas será un reflejo fiel del progreso en la igualdad de oportunidades y disfrute de los derechos.

Junto a la educación, otro de los grandes retos que tenemos por delante es la garantía de participación política, social y cultural de las personas con discapacidad. Esto requiere cambios normativos para superar los déficits actuales, pero también profundos avances en los prejuicios y estereotipos instalados socialmente sobre la discapacidad en el imaginario colectivo.



En este apartado haré referencia a las recomendaciones que el Comité hace sobre el desarrollo del artículo 12 de la Convención, porque existe una condición previa a la garantía y el fomento de la participación, relacionado con el reconocimiento de la personalidad jurídica a todas las personas con discapacidad. En España, como en gran parte de los países de nuestro entorno, seguimos manteniendo un sistema de tutela y curatela que responde a otra época pasada y a otro modelo de entender la discapacidad, que es urgente revisar. Vista de ello es que el Comité nos encomendó ya en 2011 a modificar los mecanismos de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad por mecanismos de apoyo que permitan garantizar su voluntad.

Esta situación es especialmente gravosa cuando se impide el derecho al voto de las personas con discapacidad, que han sido incapacitadas judicialmente. Resulta evidente, por ejemplo, que las personas con discapacidad intelectual que actualmente disfrutan de procesos educativos inclusivos, y otros elementos que les ayudan a interpretar el entorno, tienen absoluta capacidad de tomar decisiones de manera libre y autónoma y con criterios propios, por lo que no deberían ser privadas de este derecho, sino brindarles los apoyos necesarios para poder desarrollar ese derecho con garantías⁷. Hay otros países menos garantistas en derechos sociales, civiles y políticos, como Perú, que sin embargo han avanzado más rápidamente en el reconocimiento del derecho al voto, con apoyos, para todas las personas con discapacidad intelectual.

⁷ DOCUMENTO DE OBSERVACIONES FINALES A ESPAÑA.

Participación en la vida política y pública (artículo 29) 47. 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.

48. 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 N° 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.



También resulta urgente e importante revisar la legislación que permite el internamiento forzoso de personas con problemas graves de salud mental, lo que implica revisar al mismo tiempo las políticas sociales y sanitarias de salud mental y los déficits del sistema en estos momentos.

Junto a esto, otro de los problemas relacionado con la integridad de la persona que me parece relevante destacar, es la esterilización forzosa, que sigue estando consentida en nuestro ordenamiento jurídico y aceptada socialmente por las familias. Esta práctica resulta hoy una aberración desde el punto de vista jurídico y se suma a otros episodios de violencia de género en muchos casos, insuficientemente abordada en el caso de las mujeres y niñas con discapacidad⁸. Urge por tanto derogar la despenalización de la esterilización forzada de las personas con discapacidad y eliminar la esterilización sin consentimiento.

Por otro lado, las mujeres con discapacidad están llamadas a tener un papel protagonista en nuestra sociedad y en el propio movimiento de la discapacidad y resulta imprescindible garantizar en el futuro sus derechos sexuales y reproductivos, reforzando todos los recursos de apoyo necesario para el ejercicio de su maternidad, con un nuevo enfoque que les facilite salir de los entornos protectores e infantilizados en los que han tenido que vivir tradicionalmente.

En un mundo donde los cambios en las tecnologías de la información y la comunicación resultan relevantes para atender cualquier circunstancia habitual de la vida personal y laboral, las dificultades en su acceso y la ausencia de un grado mínimo de conocimiento y familiaridad con tales tecnologías, puede traducirse rápidamente en procesos de exclusión social. Por eso me gustaría des-

⁸ DOCUMENTO DE OBSERVACIONES FINALES A ESPAÑA.

Protección de la integridad personal (artículo 17) 37. El Comité expresa 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. 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.



tacar por último que la accesibilidad tecnológica es importante y requiere para su garantía no sólo de marcos normativos que eviten nuevas brechas digitales, sino de la implicación activa y responsable del sector tecnológico, para lograr así que la tecnología sea la gran aliada para la autonomía y las oportunidades de desarrollo de las personas con discapacidad.

Cuando de los derechos de las personas se trata, nunca podemos darnos por satisfechos. Debemos siempre avanzar hacia la igualdad real y efectiva. La defensa y disfrute efectivo de los derechos de las personas con discapacidad constituye un reto ineludible de todas las sociedades y en el caso de España y en el contexto de la “Marca España”, lo más trascendente es que se mantenga la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, como uno de los objetivos de país, que más orgullo nos genera.

Sin duda, el retrato de las personas con discapacidad y sus circunstancias sociales y políticas, presentado ante el comité en el examen de 2011, ha cambiado notablemente y hay que confiar en que, a pesar de la intensa crisis que estamos viviendo, el nuevo informe de seguimiento de la Convención, nos pueda aportar además de buenos deseos e intenciones, evidencias claras de progreso y avance del colectivo de personas con discapacidad y con ello avances y progresos en la madurez democrática y social de un país, ejemplo de convivencia plural y diversa.

VIII. EL IMPACTO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS TERRITORIOS: EL CASO DE CANTABRIA

María Olga Sánchez Martínez

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria

José Ignacio Solar Cayón

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria

SUMARIO: INTRODUCCIÓN –1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DEL ANÁLISIS. 1.1 La participación de las personas con discapacidad. 1.2. Las coordenadas jurídicas para la actuación del Parlamento autonómico. 1.3. La necesidad de una teoría para la práctica de los derechos. –2. PRINCIPALES RESULTADOS DEL ANÁLISIS: EL IMPACTO DE LA CONVENCION EN LA LEGISLACION AUTONÓMICA Y PROPUESTAS DE REFORMA. 2.1. Análisis de la legislación autonómica. 2.1.1 Accesibilidad. 2.1.2 Sanidad y servicios sociales. 2.1.3 Educación. 2.1.4 Empleo. 2.1.5 Acceso a la justicia. 2.1.6 Cultura, ocio y deporte. 2.2. Herramientas para la formulación de políticas públicas . 2.2.1 Necesidad de estadísticas autonómicas fidedignas. 2.2.2 Creación del Consejo Autonómico de la Discapacidad. 2.2.3 Fiscalidad. 2.3. Sobre la necesidad de una ley autonómica de garantía de los derechos de las personas con discapacidad



INTRODUCCIÓN

En lo que constituye una iniciativa pionera en el contexto nacional, el 15 de enero de 2014 se formalizó en la sede del Parlamento de Cantabria la rúbrica de un Convenio de colaboración entre dicha institución, la Universidad de Cantabria y el Comité Autonómico de Entidades de Representantes de Personas con Discapacidad de Cantabria (CERMI), al objeto de realizar un estudio sobre la legislación autonómica que avanzara las propuestas de modificación necesarias para su adaptación a las exigencias de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Como resultado de dicho acuerdo, el día 21 de octubre de ese mismo año tuvimos el honor de presentar en la Comisión Especial sobre Discapacidad del Parlamento un *Informe sobre la adaptación de la legislación de la comunidad autónoma de Cantabria a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*¹.

Resulta llamativo que, mientras el impacto de la Convención sobre nuestra legislación estatal ha sido objeto de muy relevantes estudios doctrinales², la incidencia de aquella en la legislación autonómica es una cuestión que ha pasado generalmente desapercibida. Especialmente si se tiene en cuenta que las competencias autonómicas abarcan materias tales como el urbanismo, la educación, la sanidad, los servicios sociales, los transportes, la cultura, el ocio o el deporte, entre otras, sobre las que inciden directamente muchos de los derechos proclamados por la Convención. De ahí el interés de abordar este tipo de estudios en el ámbito autonómico. En lo que sigue, expondremos los presupuestos metodológicos y las principales conclusiones de nuestro análisis, en la confianza de que el mismo ofrece un modelo de trabajo que puede resultar útil para avanzar en la conquista de los derechos de estas personas.

¹ Informe que dio lugar a la obra SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a Olga y SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa*, Dykinson, Madrid, 2015.

² Cabe destacar, entre ellos, CUENCA, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.



1. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS DEL ANÁLISIS

1.1. La participación de las personas con discapacidad

Sin duda, la invención de los “derechos humanos” representa un triunfo de la racionalidad jurídica que marca un hito fundamental en la historia del progreso moral de la humanidad. Pero esa racionalidad puede constituir también un obstáculo al desarrollo de la libertad si olvidamos que, bajo el manto de esa abstracción que supone la misma noción de “ser humano”, no existen sino personas concretas, sujetas a circunstancias particulares, cuyas diferentes necesidades pueden exigir una atención específica para que puedan disfrutar de aquellos derechos que vienen atribuidos a toda persona. Especialmente por cuanto, ineludiblemente, aquella abstracción se halla erigida sobre un determinado estereotipo³. De hecho, la propia historia de los derechos humanos puede explicarse en buena medida como el tránsito desde aquella noción abstracta de humanidad –piénsese en la inicial *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* francesa de 1789 o incluso, ya dentro del contexto del actual sistema internacional de protección de los derechos humanos, en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948– hacia una noción contextualizada de los sujetos de derechos –*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (1965), *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (1979), *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares* (1990), *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989), *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006)–.

Un tránsito que, como puede suponerse, no ha sido fácil. Decía Ihering que el nacimiento del derecho, y de los derechos, es como el del ser humano: un doloroso y difícil alumbramiento⁴. Por ello, la historia de los derechos humanos

³ Cfr. COURTIS, Christian, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos”, *Jueces para la democracia*, 51, 2004, pp. 7-14.

⁴ IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, traducción de A. Posada, Comares, Granada, 2008, p. 38.



nos dice también mucho sobre el dolor y la dificultad. Se trata de un relato de inclusión del otro, del diferente, erigido y sostenido frente a una realidad repleta de grandes exclusiones e invisibilidades, de opresiones y discriminaciones razonadas, padecidas, sentidas. Un relato, en definitiva, que ha permitido afirmar la libertad sobre la subordinación, la igualdad sobre la discriminación y la fraternidad sobre la indiferencia. De este modo, el discurso de los derechos se va conformando como resultado de la rebelión de "los y las diferentes", de quienes muestran la enérgica voluntad de derribar los límites que les han sido fijados por quienes pretenden pensar y decidir por ellos. Tenía razón Ferrajoli cuando decía que "toda conquista de derechos, todo progreso de la igualdad y de las garantías de la persona, ha sido determinada por el desvelamiento de una discriminación o de una opresión de sujetos débiles o distintos, que se tornó en cierto punto intolerable"; que los derechos, en suma, nunca caen de lo alto, "sino que se consagran cuando la presión de quien está excluido sobre las puertas de quien está incluido se hace irresistible"⁵.

Esta dura realidad se hace patente especialmente en relación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el primer texto jurídico vinculante que trata de manera global los derechos de las personas con discapacidad. Un texto tardío, ya del siglo XXI, en cuya génesis se encuentra la reacción de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad frente a un paradigma jurídico que, si bien les reconocía como titulares de idénticos derechos, les negaba la posibilidad de su ejercicio efectivo en igualdad de condiciones, en cuanto aquellos derechos se hallaban concebidos, diseñados y desarrollados desde un patrón de "normalidad" que no les tenía en cuenta. Ante esta vivencia del reconocimiento formal de unos derechos cuyo disfrute frecuentemente les es negado en la práctica, bien por quedar supeditado su ejercicio a decisiones de terceros o bien por no garantizarse las condiciones materiales necesarias para el mismo, las personas con discapacidad reivindicarán la posibilidad de llevar a cabo una vida independiente, en la que ningún aspecto de sus vidas quede fuera de su propio control. Asumiendo esta filosofía del movimiento asociativo, condensada en su lema "*nothing about*

⁵FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, traducción de C. Courtis, Trotta, Madrid, 2010, pp. 37 y 39.



us without us”, la Convención pretende adaptar la formulación abstracta y las condiciones generales de ejercicio de los derechos fundamentales a la realidad de las personas con discapacidad.

Adaptación que habrá de realizarse, en todo caso, con la participación de las propias personas con discapacidad. En este sentido, la Convención establece el mandato inequívoco de que “en la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan” (art. 4.3). Se afirma así el principio de “diálogo civil”, que viene recogido también en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Así, pues, a la hora de plantearse la adaptación de la legislación autonómica de Cantabria a las exigencias de la Convención, la presencia de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad resultaba obligada. Obligada y necesaria, por cuanto la experiencia de su vivencia de una realidad cotidiana que frecuentemente les niega el disfrute de sus derechos fundamentales proporciona una perspectiva que resulta fundamental para llevar a cabo dicha adaptación de manera exitosa. De manera que, a lo largo de todo el proceso de elaboración del informe, esta dimensión participativa tuvo su plasmación en el propio método de trabajo, mediante la presentación del borrador de cada capítulo y su debate en comisiones constituidas por representantes y técnicos de las distintas organizaciones representativas de las personas con discapacidad, al objeto de incorporar en cada una de las materias abordadas propuestas de actuación legislativa que tuvieran en cuenta las barreras de todo tipo que de facto se interponen en el ejercicio de sus derechos.

1.2. Las coordenadas jurídicas para la actuación del Parlamento autonómico

La aprobación de un instrumento jurídico como la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* constituye, sin duda,



un hito fundamental en la lucha por los derechos de estas personas, pero, lejos de representar una meta, se trata sólo de un punto de partida, de una palanca para impulsar el potencial jurídico de transformación de la realidad a todos los niveles. En este sentido, la irradiación de sus efectos sobre el ordenamiento jurídico español no se agota con su mera incorporación al mismo, lo cual ya de por sí tiene la importante consecuencia, en virtud del artículo 10.2 de nuestro texto constitucional, de que su contenido constituye un elemento hermenéutico esencial para la comprensión e interpretación de los derechos y libertades fundamentales⁶. Más allá de dicho efecto automático, la recepción de la Convención supone –tal como dispone su artículo 4.1– que España está obligada “a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes” para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Medidas entre las que se encuentra específicamente la de “modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”.

Se hace precisa, pues, una tarea de reforma de nuestra normativa interna que implica adentrarnos en la lógica de la producción escalonada del ordenamiento jurídico, siguiendo un movimiento de progresión que ha de avanzar desde el plano internacional al estatal, autonómico, municipal... Por otra parte, a ello se añade el hecho de que, en virtud del sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, las obligaciones contenidas en la Convención frecuentemente inciden de manera simultánea en normas procedentes de ambas administraciones –y, por supuesto, también de los ayuntamientos–. Lo que conlleva la necesidad de que, venciendo inercias, las diversas administraciones actúen de manera firme y coordinada, haciendo frente a su responsabilidad compartida en la implementación de la Convención.

De manera que, a la hora de abordar la tarea de adaptación de la legislación autonómica a la Convención es preciso realizar una previa delimitación del

⁶Sobre las consecuencias de esta apertura de nuestros derechos constitucionales a la Convención cfr. CUENCA, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, 2012.



campo de juego del legislador autonómico, que vendrá determinada, en primer lugar, por el alcance de sus competencias en cada una de las materias sobre las que puede incidir el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, y, en segundo lugar, por su frecuente sujeción, aun dentro de sus ámbitos competenciales, a determinadas condiciones básicas impuestas por la legislación estatal. De este modo, la complejidad estructural de nuestro ordenamiento jurídico hace que las posibilidades de actuación de los parlamentos autonómicos en la realización de aquella tarea vengan condicionadas en gran medida por los términos de la legislación estatal. Lo que motiva que, en ocasiones, aquellas posibilidades se vean seriamente comprometidas y limitadas por las insuficiencias de dicha legislación respecto de la Convención o, simplemente, por la inacción del legislador estatal.

En este sentido, y con carácter general, es preciso señalar que a nivel estatal se han dado ya algunos pasos importantes para adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la Convención. Cabe destacar la promulgación de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (LANCIDPD)*, que supuso la modificación de diecinueve leyes estatales. Y, sobre todo, del *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPDIS)*, que, al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, ha concentrado en un único texto legislativo el régimen jurídico general de la discapacidad, estableciendo así los límites generales dentro de los que han de desenvolverse los legisladores autonómicos.

Con todo, nuestro sistema estatal presenta aún algún déficit importante en relación a algunas exigencias centrales de la Convención, lo que lastra seriamente las posibilidades de adaptación de la legislación autonómica en algunos aspectos. Especialmente reseñable a este respecto es la incompatibilidad del régimen de incapacitación legal vigente en nuestro país con la exigencia de pleno reconocimiento de la capacidad jurídica (incluyendo la capacidad de



obrar) de las personas con discapacidad contenida en la Convención. En tanto dicho reconocimiento constituye el presupuesto o la condición jurídica imprescindible para que estas personas puedan ejercer por sí mismas (sin que su voluntad sea sustituida por la de un tercero) sus derechos, su negación en nuestro ordenamiento a determinados grupos de personas con discapacidad genera –como ha denunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su “Documento de observaciones finales a España” (2011)– situaciones difícilmente compatibles con la Convención, puesto que esa restricción civil de la capacidad de obrar irradia sus efectos a todo el régimen de ejercicio de sus derechos, sin que las Comunidades Autónomas puedan remediarlos en aquellos ámbitos que son objeto de su competencia.

Junto a esta complejidad estructural de nuestro ordenamiento, otro factor importante a tener en cuenta a la hora de plantear propuestas al legislador es que, por la propia transversalidad de la discapacidad, su tratamiento legislativo es susceptible de ser abordado desde diversas estrategias. Bien configurando el régimen jurídico de la discapacidad como un ámbito material con identidad propia, que sea objeto de una regulación específica sujeta a principios diferenciados. O bien introduciendo puntualmente la dimensión de la discapacidad en la regulación de los distintos sectores o ámbitos materiales en los que pueda tener incidencia. Si bien es cierto que es difícil encontrar modelos puros, siendo lo más frecuente una combinación de ambas perspectivas, hay sistemas que tienden más hacia un tratamiento “concentrado” de la discapacidad, otorgando así una mayor entidad y visibilidad a la problemática de la realización de los derechos de las personas con discapacidad, mientras que otros optan por potenciar un enfoque más “transversal”, tratando la discapacidad como una circunstancia a tomar en cuenta en la regulación de las distintas materias. De manera que, lógicamente, la estrategia particular que haya adoptado cada legislador determinará también, en buena medida, la forma en la que habrá de llevarse a cabo la adaptación normativa a la Convención.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico, a nivel estatal, si bien es cierto que el enfoque que ha prevalecido tradicionalmente es el tratamiento disperso de la discapacidad como una circunstancia que incidía puntualmente en la legislación sectorial de diversas materias (es significativo en este sentido que la *LANCIDPD* no fuera más que un contenedor en el que se disponía la modifi-



cación de diecinueve leyes), la promulgación de la *LGDPDIS* ha venido a reforzar la tendencia –iniciada ya con la promulgación de la *Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU)*– hacia un tratamiento concentrado del régimen jurídico de la discapacidad, dotando a esta materia de una regulación básica y visible, que informe de una manera unitaria y coherente su tratamiento en cualquier ámbito de la actividad social desde la óptica de la garantía integral del ejercicio de los derechos, en línea con la filosofía de la Convención. En el nivel autonómico, esta tendencia parece estar también progresando en medio de un panorama general de fragmentación y dispersión normativa, habiéndose aprobado tras la Convención regulaciones como la *Ley de Castilla y León 2/2013, de 15 de mayo, de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad* y la *Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de garantía de los derechos de las personas con discapacidad en Castilla-La Mancha*, que se suman a las leyes que, con un enfoque similar, ya existían en algunas otras Comunidades Autónomas (Andalucía y Valencia).

En lo que se refiere en particular a la Comunidad Autónoma de Cantabria, esta carece de una regulación específica de la discapacidad, haciéndose referencias puntuales a la misma en el marco de la regulación sectorial de aquellas materias sobre las que puede tener incidencia el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. De manera que la obligada adaptación de la legislación autonómica a la Convención pasa necesariamente por el análisis –y, posteriormente, la modificación– de cada una de dichas regulaciones sectoriales, relativas a muy diversas materias, lo que también contribuye a dificultar aquella tarea e incluso a limitar su alcance en determinados aspectos, pues en ocasiones las medidas exigidas por la Convención tienen un carácter general que trasciende los límites y las lógicas particulares de las diversas legislaciones sectoriales y, en otros, aun tratándose de cuestiones más específicas, resultan de difícil encaje en tales legislaciones.

A modo de cierre, baste reseñar, como muestra de la complejidad que comporta este proceso de adaptación de la legislación autonómica a la Convención, que para llevar a cabo nuestra propuesta relativa a Cantabria resultó necesario tener en cuenta unas 120 normas estatales y autonómicas, relativas a las más diversas materias, de muy diverso alcance y rango jerárquico.



1.3. La necesidad de una teoría para la práctica de los derechos

La adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención requiere, sin duda, de técnica jurídica, pero no sólo de ello. Más allá de disponer la obligación de adoptar una serie de medidas más o menos concretas, sobre todo, la Convención asume –y exige que los Estados, en todos sus niveles de decisión, asuman también– una nueva filosofía. En este sentido, como se ha señalado reiteradamente por la doctrina, la importancia de la Convención radica, fundamentalmente, en el hecho de que instaura un nuevo paradigma de la discapacidad que transforma sustancialmente los presupuestos éticos y jurídicos desde los que ésta ha sido tradicionalmente abordada.

Así, como es bien sabido, la Convención representa la superación del modelo “médico o rehabilitador”, presente aún en muchos aspectos en nuestro ordenamiento jurídico. Conforme al mismo, la discapacidad es tratada como un problema de carácter individual originado por las limitaciones funcionales de la persona, las cuales le impiden desenvolverse con “normalidad” en el entorno social, promoviéndose en consecuencia un enfoque jurídico paternalista que recorta, cuando no anula, la autonomía de las personas con discapacidad para decidir el curso de sus propias vidas. En su lugar, la Convención adopta el denominado “modelo social”, que concibe la discapacidad como el resultado de la interacción entre las limitaciones del individuo y las barreras sociales que obstaculizan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. El foco se coloca así en las situaciones de exclusión y discriminación generadas por las estructuras y los patrones de actuación sociales, de manera que el tratamiento jurídico de la discapacidad pasa a ser abordado como un problema de insuficiente protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales. Por ello, se exige que el Derecho actúe sobre aquellas estructuras y patrones al objeto de que se incluya la consideración de la diferencia en el diseño y la construcción de la sociedad⁷.

⁷ Sobre la construcción del modelo social cfr. PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.



En definitiva, con la aprobación de la Convención, el tratamiento de la discapacidad se instala definitivamente en el marco del discurso de los derechos humanos. Pero, al mismo tiempo, esta inclusión opera transformaciones importantes en dicho discurso, situando la cultura de la diversidad en su eje⁸. De esa forma, nos obliga a repensar algunos de sus presupuestos teóricos y a reformular el significado de algunos de sus conceptos fundamentales. Así, nos encontramos con que tal vez resulte preciso modular ciertos aspectos de la idea de “dignidad”, erigida a menudo sobre la concepción de un individuo caracterizado abstractamente por la posesión de determinadas capacidades⁹. O que la cartografía de la noción de “discriminación” gana complejidad en su contacto con la dimensión de la discapacidad, presentando múltiples itinerarios: discriminación directa e indirecta, discriminación múltiple, discriminación inversa, discriminación por asociación, discriminación por discapacidad percibida, discriminación por denegación de ajustes razonables... Del mismo modo, la noción de “igualdad” también se ve enriquecida en este ámbito por la necesaria interacción entre algunos de sus diversos perfiles –como la “igualdad de oportunidades”, la “igualdad como diferenciación” y la “igualdad de género”– o por la adquisición de nuevas dimensiones –la incorporación de la accesibilidad como una exigencia implícita en la propia idea de igualdad cuyo alcance desborda el ámbito de la discapacidad–.

Por otro lado, en nuestra opinión, la tarea de adaptación tampoco puede hallarse exenta de la reflexión sobre aquello que se encuentra antes y después de las normas, siendo necesario contemplar el Derecho –y los derechos– desde un punto de vista integral, como instrumentos de convivencia, comunicación y transformación social. Lo cual implica tener en cuenta sus conexiones con aspectos éticos, políticos, históricos y sociológicos. De hecho, a lo largo de

⁸ Por ello, como afirma SANJOSÉ, Amparo, “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 13, 2007, la Convención “no sólo es un tratado relativo a los derechos de las personas con discapacidad, sino un tratado que enriquece el acervo común de los derechos humanos de todas las personas aportando un nuevo paradigma: todos somos diferentes en algo a los demás miembros de la sociedad” (p. 7).

⁹ Cfr. DE ASÍS, Rafael, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder”, en CAMPOY, Ignacio (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59-73.



todo el texto de la Convención se encuentra latente la consciencia de la insuficiencia de las medidas jurídicas para lograr por sí solas la plena integración social de las personas con discapacidad. Se hace así imperativa la instauración de una nueva cultura de la discapacidad, a la que, sin duda, el propio Derecho –con su innegable dimensión pedagógica– puede contribuir.

Por todas estas razones cobra pleno sentido el enfoque iusfilosófico que desde el inicio se dio al proyecto, encargándose la elaboración del informe al grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria. Se ha dicho anteriormente que la Convención constituye sólo un punto de partida, un estímulo que exige la adopción de una posición activa en un proceso de transformación jurídica de las estructuras sociales. En este sentido, nuestro trabajo está dirigido a descubrir y describir una nueva concepción de la discapacidad en clave de derechos humanos, proyectándola sobre nuestro ordenamiento jurídico y, a través de él, a la realidad social. Por eso, echa mano de las herramientas teóricas y conceptuales que el discurso de los derechos humanos nos proporciona para ponerlas en relación con las normas y dotarlas de una dimensión práctica mediante propuestas de reforma. El resultado es así, en última instancia, una invitación a actuar, dirigida en este caso al legislador autonómico, en pro de los derechos de las personas con discapacidad, a fin de que pueda contribuir a mejorar la vida cotidiana de estas personas. En concreto, el informe plantea casi 90 propuestas concretas de actuación que implican la modificación de 21 leyes autonómicas, además de la elaboración de una ley integral de garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Con ello se pretende conjurar aquel frecuente pretexto, denunciado por Kant, de “que lo que tal vez sea correcto en la teoría no es válido para la práctica”. Antes al contrario, como él mismo ponía de manifiesto, cabe afirmar que, cuando la teoría sirve de poco para la práctica, el mal no debe achacarse al exceso de la teoría sino, precisamente, a su escasez¹⁰.

¹⁰ Cfr. KANT, Immanuel, "En torno al tópico: <Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica>", en ID., *Teoría y Práctica*, trad. M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 4-6.



2. PRINCIPALES RESULTADOS DEL ANÁLISIS: EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA Y PROPUESTAS DE REFORMA.

2.1. Análisis de la legislación autonómica

2.1.1. Accesibilidad

La accesibilidad a las instalaciones y servicios constituye, junto con el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar de las personas con discapacidad, un elemento estratégico central en la arquitectura jurídica de la Convención. Si dicha capacidad representa la condición jurídica o formal necesaria para el ejercicio efectivo de los derechos, la accesibilidad constituye su condición material. Además, se trata de una de las cuestiones en cuyo desarrollo las Comunidades Autónomas tienen un papel más importante, por cuanto son ellas las que disponen de las competencias para legislar en gran parte de los ámbitos materiales en los que las condiciones de accesibilidad han de ser aplicadas, si bien deben ajustarse en su ejercicio a unas condiciones básicas de accesibilidad establecidas por el legislador estatal. Así, particularmente relevante en relación a esta cuestión es la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda; aunque también existen otros títulos competenciales relativos directamente a algunos de los ámbitos de accesibilidad especificados tanto en la Convención como en la LGDPDIS: patrimonio artístico monumental, transportes terrestres, medios de comunicación social y relaciones de los ciudadanos con la administración. Asimismo, dada la gran transversalidad de esta cuestión, tienen incidencia sobre la misma leyes autonómicas en materia de educación; asistencia social; promoción de la cultura y de la investigación científica y técnica; turismo; deporte y ocio; museos, archivos y bibliotecas; entre otras.

En lo que se refiere en particular a nuestro estudio sobre el impacto de la Convención en la legislación autónoma de Cantabria, éste comienza con el análisis de la *Ley 3/1996, sobre accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas, urbanísticas y de la comunicación*, que constituye la única ley au-



tonómica orientada específicamente hacia la discapacidad. Con carácter general, cabe señalar que se trata de un texto concebido desde los presupuestos del modelo médico-rehabilitador, que se trasluce incluso en la terminología utilizada (“minusválidos”, “personas con limitaciones”, “personas con disminuciones”). De ahí que su contenido responda a un enfoque paternalista, situando el problema de la accesibilidad completamente al margen del discurso de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad. Planteamiento que resulta claramente incompatible con el modelo social asumido tanto por la Convención como por la legislación estatal básica en esta materia.

Además, la revisión detallada de su contenido revela otras deficiencias de carácter más particular:

- Ausencia de un tratamiento integral y transversal de la accesibilidad en todos los ámbitos a partir de unos principios, criterios y objetivos comunes.
- Concepción muy reduccionista de la idea de accesibilidad, restringida prácticamente a la accesibilidad física, lo que configura un ámbito de aplicación muy reducido de la ley, que únicamente contempla la accesibilidad arquitectónica y de los transportes. Se ignoran así los problemas de accesibilidad en ámbitos tan esenciales como el acceso a los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida internet, las relaciones con las administraciones públicas y, en general, el acceso a los servicios a disposición del público. Problemas que no son sólo relativos a la accesibilidad física sino a la accesibilidad de la información, la accesibilidad en la comunicación y la accesibilidad cognitiva para aquellas personas que presentan discapacidades sensoriales e intelectuales.
- Estrategias de accesibilidad insuficientes, en cuanto no se contemplan las exigencias de diseño universal y de realización de ajustes razonables.
- Incoherencia de su régimen sancionador con el establecido en la LGDPDIS.

Todas estas razones nos llevan a proponer al Parlamento autonómico la derogación de esta ley y su sustitución por una nueva ley de accesibilidad que se adapte a las exigencias derivadas del nuevo marco jurídico internacional y estatal.



En relación a la legislación sectorial sobre diversas materias que inciden en cuestiones de accesibilidad, planteamos la modificación puntual de:

- La *Ley 2/2001, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo de Cantabria*, al objeto de que disponga la denegación de los visados oficiales correspondientes, tanto de los colegios profesionales como de las administraciones públicas competentes, a aquellos proyectos básicos, de ejecución y parciales que no recojan las normas técnicas sobre accesibilidad en la edificación.
- La *Ley 2/2004, del Plan de ordenación del litoral*, para asegurar la accesibilidad de las personas con discapacidad a las playas periurbanas.
- La *Ley 1/2014, de transporte de viajeros por carretera*, para que contemple –entre otras medidas– determinadas exigencias básicas de accesibilidad física, informativa y comunicativa no sólo en los vehículos sino también en las estaciones e infraestructuras de transporte, de manera que se garantice la accesibilidad de la cadena de transporte en su totalidad; el acceso de perros de asistencia a vehículos y estaciones; o la participación de organizaciones representativas de la discapacidad en la comisión encargada de elaborar los “planes de movilidad sostenible”.
- La *Ley 1/2007, de Protección Civil y gestión de emergencias de Cantabria*, de manera que los planes de prevención y evacuación incorporen protocolos específicos de actuación en relación a las personas con discapacidad.
- La *Ley 6/2002, de régimen jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, para que se tengan en cuenta en la prestación del servicio de atención al ciudadano los criterios de accesibilidad física en las oficinas, de accesibilidad informativa en relación a los impresos y documentos, y de accesibilidad comunicativa y cognitiva en la atención personal.
- La *Ley 5/1999, de ordenación del turismo de Cantabria*, al objeto de incluir la accesibilidad de las instalaciones y servicios turísticos entre los parámetros de calidad en la prestación de estos servicios.
- La *Ley 5/2001, de museos de Cantabria*, a fin de que prevea la disponibilidad en formatos accesibles de las guías y materiales didácticos que



preceptivamente han de estar a disposición del público, así como la prestación, en su caso, del servicio de guía-intérprete en lengua de signos.

- La *Ley 3/2001, de bibliotecas de Cantabria*, para garantizar el acceso de las personas con discapacidad a material cultural en formatos adaptados, incluyendo a tales personas como uno de los grupos para los que la ley contempla la adopción de medidas positivas al objeto de asegurar su acceso a los fondos bibliográficos.

2.1.2. *Sanidad y servicios sociales*

Los ámbitos relativos a la salud y a los servicios sociales constituyen los escenarios tradicionales en los que se ha desenvuelto la protección de las personas con discapacidad y las políticas públicas a ellas referidas. Son también los ámbitos ligados más específicamente al tratamiento de la discapacidad desde el modelo médico y rehabilitador, que persiste en buena parte de la legislación autonómica, por lo que esta requiere de importantes modificaciones a fin de garantizar la eficaz protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Para ello, hemos de tener en cuenta que las condiciones de prestación de los servicios sanitarios y sociales no afectan sólo al derecho a la salud y a la protección social, sino que irradian sus efectos a otros derechos tutelados por la Convención, como el derecho a la autonomía personal, a la vida independiente, a participar en la comunidad o a la libertad en la toma de decisiones. Precisamente, esta libertad, en relación al consentimiento informado en los tratamientos médicos, es uno de los temas que más ha preocupado al *Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU*. Presente, en todo caso, la libertad de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, la Convención, en materia de sanidad, presta atención tanto a los servicios generales, presididos por la igualdad y no discriminación, como a los servicios específicos, cuyo esfuerzo ha de ir dirigido a la pronta detección e intervención, prevención y reducción de la aparición de nuevas discapacidades, cuestiones especialmente importantes en los grupos más vulnerables, como los niños y niñas y personas mayores. La Convención también configura como garantía



de calidad en la atención sanitaria la formación del personal en materia de derechos humanos y, específicamente, en relación al tratamiento de la discapacidad.

Por lo que se refiere a la protección social, dos aspectos fundamentales han estado presentes en nuestro Informe. Uno, la vinculación de algunas prestaciones sociales al reconocimiento de determinados grados administrativos de discapacidad o dependencia, lo que choca abiertamente con el concepto de persona con discapacidad que la Convención protege. En segundo lugar, se ha querido hacer hincapié en la atención que la Convención presta a la familia como agente fundamental para el desarrollo pleno de las capacidades y que, por lo tanto, precisa de protección especial.

Estas consideraciones generales han presidido las propuestas de modificación de las siguientes leyes autonómicas, que inciden en las materias de salud y protección social.

- La *Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria*, al objeto de incluir la discapacidad entre los motivos de no discriminación; incorporar previsiones específicas sobre la accesibilidad de la información, incluyendo a los servicios de urgencia y emergencia; prever los apoyos necesarios para la prestación del consentimiento informado por la propia persona con discapacidad; e incorporar aspectos relativos a la formación y sensibilización del personal sanitario en materia de derechos de las personas con discapacidad.
- La *Ley 1/1996, de 14 de mayo, de salud mental de Cantabria*, con el fin de incorporar una carta de derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, incluyendo su derecho a prestar el consentimiento a los tratamientos e internamiento, así como, en su caso, las circunstancias excepcionales en que se pudieran realizar de forma involuntaria, respetando los derechos e intereses del paciente.
- La *Ley de Cantabria 8/2010, de 23 de diciembre, de Garantía de Derechos y Atención a la Infancia y la Adolescencia*, para incluir una mención específica al derecho de los niños y niñas a preservar su fertilidad, sin discriminación por razón de discapacidad.



- La *Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales*, a fin de incluir medidas concretas para garantizar el acceso a la información y mejorar las condiciones para prestar el consentimiento; replantear el condicionamiento de algunos servicios sociales al reconocimiento de grados específicos de dependencia; incidir en las medidas de promoción de la autonomía personal; incorporar la variable de la discapacidad en todas las prestaciones dirigidas en general a personas o familias en situación de desventaja social; y potenciar la atención al entorno familiar del menor con discapacidad.
- La *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*, al objeto de reforzar las medidas de sensibilización, accesibilidad, información, atención, emergencia, apoyo y formación para las mujeres con discapacidad víctimas de la violencia de género.

2.1.3. Educación

La educación es uno de los aspectos centrales de la Convención, en tanto es considerada como un instrumento fundamental para conseguir la igualdad de oportunidades y la plena integración de las personas con discapacidad. A tal fin, las administraciones públicas tienen el deber de garantizar el derecho a la educación "de forma especialmente intensa". Pero además la Convención contempla la educación no sólo como un derecho a garantizar a las personas con discapacidad, sino como un medio de conocimiento y sensibilización social sobre los principios, objetivos y derechos en ella contenidos. De tal manera que el modelo de educación inclusiva que propone configura la formación en el valor de la diversidad como uno de los contenidos específicos de la educación y una de las funciones esenciales de la actividad docente. Por ello, la Convención es muy exigente con la formación del profesorado, con los espacios educativos en que ha de aplicarse la inclusión y con los objetivos que pretende, dirigidos a "desarrollar al máximo los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad".

De ahí que, aun contando en nuestra legislación autonómica con un modelo de educación inclusivo, hemos considerado necesario proponer algunas refor-



mas legislativas que pudieran ahondar en la práctica y experiencia en diversidad e inclusión educativa.

Así, se propone fundamentalmente la reforma de la *Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria*, al objeto de:

- Garantizar la formación, información y sensibilización del profesorado.
- Promover la pronta escolarización de niños y niñas, establecer recursos y medidas educativas en los centros de atención temprana y reforzar el apoyo en las aulas de 2 a 6 años.
- Establecer previsiones normativas que permitan, en los informes, dictámenes de escolarización y de orientación educativa, las adaptaciones curriculares, los sistemas de evaluación y las adaptaciones de los cursos, la flexibilización y revisión periódica, respondiendo tanto a las necesidades como a las capacidades del alumnado.
- Reforzar los mecanismos para lograr una efectiva participación en el ámbito escolar de la propia persona con discapacidad, las familias y, en su caso, las entidades representativas de las personas con discapacidad.
- Promover políticas de apoyo a la innovación e investigación educativa en materia de discapacidad.
- Establecer previsiones específicas para las personas con discapacidad en relación a los servicios de transporte y comedor escolar, no como servicios complementarios sino de apoyo.
- Incluir en las enseñanzas de régimen especial el principio de atención a la diversidad del alumnado.
- Arbitrar medidas que garanticen que los tiempos de ocio, tiempo libre, deporte, salidas culturales o recreativas y las actividades extraescolares puedan realizarse por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto del alumnado.

Asimismo, se propone la modificación puntual de las siguientes leyes:

- La *Ley 4/2010, de 6 de julio, de Educación en el Tiempo Libre*, a fin de establecer una mención expresa, entre sus principios rectores, a la



participación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad; incluir entre los requisitos mínimos del proyecto educativo medidas dirigidas a la inclusión de las personas con discapacidad; y contemplar en la formación de los responsables de estas actividades la adquisición de las competencias necesarias para el tratamiento de la diversidad.

- La *Ley 3/2001, de 25 de septiembre, de Bibliotecas de Cantabria*, con el propósito de prever mecanismos que permitan el acceso a los materiales y recursos educativos, así como dotación de fondos y recursos que den visibilidad a las personas con discapacidad, sus derechos y sus necesidades.

2.1.4. Empleo

En consonancia con el modelo social de discapacidad, la Convención reconoce el derecho al trabajo desde el presupuesto de la creación de mercados y entornos laborales abiertos, inclusivos, accesibles y respetuosos con los derechos de todos los trabajadores y trabajadoras. El objetivo de la garantía de este derecho es doble: de un lado, favorecer una mayor inclusión social de las personas con discapacidad; de otro, reducir las condiciones de pobreza en que, con mayor incidencia que en otras personas, se desenvuelve su vida.

Hemos de tener en cuenta que un análisis pormenorizado de la normativa autonómica, que tiene por finalidad incentivar la inclusión laboral de las personas con discapacidad, excedía los objetivos de este trabajo, circunscrito al ámbito legislativo autonómico, ya que la competencia legislativa en esta materia corresponde al Estado en exclusiva. Pero sí que se han realizado propuestas de modificación de algunas leyes que pudieran ser aprovechadas para promover las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad, deber que pesa sobre todas las administraciones públicas. Por otro lado, también se ha incidido en la formación profesional, considerada como una herramienta fundamental para mejorar las condiciones de acceso y permanencia en el empleo.

Las recomendaciones dirigidas al legislador cántabro se han centrado en:

- Las *Leyes de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, en el sentido de la necesidad de establecer en ellas partidas presupuestarias para fomentar el empleo de las personas con discapacidad.



- La *Ley 10/2006, de 17 de junio de, de Subvenciones de Cantabria*, a fin de que, siguiendo el ejemplo de otras autonomías, incorpore en las convocatorias de subvenciones la preferencia en la adjudicación, en caso de empate, a aquellas empresas que acrediten ocupar a un porcentaje mayor de trabajadores con discapacidad en relación a sus respectivas plantillas o que hayan incrementado en mayor cuota las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad.
- La *Ley 6/2002, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria*, con el objetivo de recoger en los pliegos de contratación como criterio preferencial, en caso de empate de los licitadores, la adjudicación a la empresa que tenga en su plantilla un mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o que haya incrementado en mayor cuota las medidas alternativas a la contratación de trabajadores con discapacidad.
- La *Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales*, para ampliar la prestación económica por asistencia personal y para facilitar el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, de conformidad con la concepción de personas con discapacidad contemplada en la Convención.
- En relación a la formación profesional, la *Ley 6/2008, de Educación de Cantabria*, a fin de incorporar en el Consejo de Formación Profesional la participación de las entidades representativas de las personas con discapacidad; promover la formación práctica del alumnado con discapacidad, la investigación e innovación dirigida a garantizar los derechos de las personas con discapacidad, y la especialización y actualización de las competencias del profesorado en la materia; y garantizar que la oferta de enseñanzas de formación profesional a distancia esté regida por los principios de accesibilidad universal y diseño para todos.

2.1.5. Acceso a la justicia

Aunque las rúbricas “administración de justicia” y “legislación procesal” constituyen títulos cuya regulación es competencia exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas pueden impulsar una serie de medidas importantes



para lograr una mayor efectividad en la defensa jurídica de los derechos de las personas con discapacidad. En este sentido, se formulan las siguientes propuestas al Parlamento de Cantabria:

- Al objeto de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en el Real Decreto Legislativo 1/2013 en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, se le insta a proceder tanto a la tipificación legislativa del régimen de infracciones y sanciones como a la creación de la Junta Arbitral Autonómica, considerando que el lugar más idóneo para llevar a cabo dichas tareas es en el marco de una ley de garantías de los derechos de las personas con discapacidad. Como ha denunciado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la prácticamente generalizada inacción legislativa de las Comunidades Autónomas en esta materia incide negativamente sobre la eficacia general del sistema de garantía de los derechos de estas personas.
- Incorporar, bien en la nueva ley de accesibilidad o bien en una futura ley de garantías de los derechos de las personas con discapacidad, el mandato para que la administración autonómica impulse medidas orientadas a facilitar el acceso y la participación de estas personas en la administración de justicia, tales como la implantación de un juzgado especializado en materia de discapacidad, la prestación de asistencia jurídica mediante la organización de un turno de oficio especializado y la formación de los profesionales de la administración de justicia en esta materia.
- Introducir en la *Ley de Cantabria 1/2004, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas* una atención específica a las víctimas con discapacidad, estableciendo protocolos especiales que aseguren la prestación de los apoyos y la asistencia necesaria en cada caso a lo largo de todo el procedimiento.

2.1.6. Cultura, ocio y deporte

La Convención insiste en la necesidad de garantizar la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en todas las dimensiones de la vida social, ya sea en el ámbito civil, político, económico, social o cultural. En coherencia con este planteamiento recoge expresamente el derecho a la cultura,



al ocio y al deporte, tanto en su vertiente pasiva –como espectador, consumidor o usuario– como en su vertiente activa –como participante o creador–.

Un análisis de la normativa de nuestra autonomía en esta materia pone de manifiesto que contempla, y de manera un tanto deficitaria, la primera perspectiva a través de medidas de accesibilidad, desconociendo prácticamente la segunda. Sin embargo, en nuestro informe se ha querido resaltar la importancia de este segundo aspecto, a fin de que las manifestaciones culturales y deportivas puedan contribuir a fomentar una nueva visión sobre las personas con discapacidad, siendo susceptibles de generar percepciones positivas, actitudes receptivas y, en definitiva, una mayor concienciación social, sin las cuales los objetivos últimos de inclusión y plena participación no se lograrían.

Teniendo en cuenta las competencias autonómicas en el ámbito cultural, de ocio y deportivo, el aprovechamiento de estos espacios legislativos en pro de una nueva cultura de la discapacidad puede traducirse en nuevas posibilidades y oportunidades para las personas con discapacidad. Al efecto hemos realizado diversas recomendaciones al legislador autonómico con la finalidad de fomentar la actividad creativa y artística de las personas con discapacidad y de difundirla; de promover, en su caso, la adquisición de fondos, la realización de eventos culturales y la investigación dirigida a eliminar estereotipos y poner en valor las aportaciones que las personas con discapacidad realizan y pueden realizar a la cultura, así como las aportaciones de la cultura a la difusión de los derechos de las personas con discapacidad. Dichas recomendaciones pueden incluirse en las siguientes leyes: *Ley 7/1988, de 5 de junio de Artesanía de Cantabria*; *Ley 5/1999, de 24 de marzo, de Ordenación del Turismo de Cantabria*; *Ley 3/2001, de 25 de septiembre, de Bibliotecas de Cantabria*; *Ley 4/2001, de 19 de noviembre, de Museos de Cantabria*; *Ley 3/2002, de 28 de junio, de Archivos de Cantabria*; *Ley 3/2006, de 8 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria*.

Por lo que se refiere al deporte, se recomienda modificar la *Ley de Cantabria 2/2002, de 3 de julio, del Deporte* al objeto de:



- Incluir una referencia expresa a la adaptación del deporte a los principios de accesibilidad universal y diseño para todos.
- Reforzar medidas que promuevan la participación de las personas con discapacidad en actividades deportivas generales y otras que garanticen la organización, desarrollo y participación en actividades deportivas específicamente dirigidas a las personas con discapacidad
- Establecer previsiones dirigidas a garantizar que los menores con discapacidad tengan acceso, en igualdad de condiciones, a las actividades de deporte escolar.
- Asegurar la participación de personas con discapacidad en deportes de alta competición y rendimiento.
- Promover la integración de las personas con discapacidad en las federaciones deportivas de carácter general y la creación de federaciones deportivas específicas en las que puedan establecerse áreas para diversas discapacidades.

2.2. Herramientas para la formulación de políticas públicas

2.2.1. Necesidad de estadísticas autonómicas fidedignas

En línea con su propósito de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos en la práctica, la Convención incluye algunas disposiciones dirigidas a articular instrumentos para la formulación, aplicación, seguimiento y evaluación de las políticas públicas en esta materia. Entre ellas se encuentra la obligación de los Estados de contar con información estadística adecuada (art. 31), un aspecto sobre cuyo déficit en el sistema español llamó la atención el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien esta deficiencia parece haberse mitigado a nivel estatal con la introducción del factor de la discapacidad como un elemento transversal destacado dentro del capítulo de “Atención a las nuevas áreas de información emergentes” del *Plan Estadístico Nacional 2013-2016*, lo cierto es que la exigencia de la Convención difícilmente podrá satisfacerse sin la participación activa de las administraciones autonómicas, quienes tienen la competencia exclusiva para legislar en materia de “estadística para fines no estatales”. Precisamente por ello, la propia LANCIDPD establece



que “con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones previstas en tratados y convenios internacionales, las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, remitirán anualmente al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, datos estadísticos sobre la situación de las personas con discapacidad” (Disposición adicional segunda).

En la Comunidad Autónoma de Cantabria, esta materia viene regulada en la *Ley 4/2005 de Estadística de Cantabria*, que establece como instrumento de ordenación y planificación de la actividad estadística el “Plan Estadístico de Cantabria”, el cual ha de ser aprobado por ley para períodos de cuatro años. En la actualidad se halla vigente el contenido en la *Ley 3/2013, del Plan Estadístico 2013-2016*. Un extenso plan en el que ni se contempla actividad estadística alguna referida directamente a la discapacidad ni se incluye esta variable en la realización de aquellas estadísticas que, por razón de su objeto, pudieran resultar de interés para obtener información sobre la situación de las personas con discapacidad, de manera que la discapacidad resulta una realidad totalmente invisible en el análisis de la sociedad cántabra.

Para remediar esa situación con carácter inmediato, se proponía al Parlamento autonómico que incorporase en la ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma (que son los que cada año definen las actividades estadísticas a realizar dentro del Plan, pudiendo incluso introducir actividades no previstas en el mismo) tanto nuevas actividades estadísticas referidas directamente a la discapacidad como la variable de la discapacidad en la realización de las actividades estadísticas relativas a vivienda, salud, asistencia social, educación, mercado de empleo, distribución de la renta, protección de la infancia y pensiones, entre otras. Ello a la espera de que en el próximo Plan Estadístico autonómico, correspondiente a los años 2017-2020, pueda corregirse definitivamente este déficit.

2.2.2. Creación del Consejo Autonómico de la Discapacidad

En estrecha conexión con lo anterior, el artículo 33 de la Convención dispone la obligación de los Estados de establecer, de conformidad con sus siste-



mas jurídicos y administrativos, organismos y mecanismos que, contando con la participación de la sociedad civil, y en particular de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad, se encarguen en todos los niveles de promover, proteger y supervisar su aplicación. Obligación cuyo incumplimiento prácticamente generalizado por las Comunidades Autónomas ha sido también puesto de manifiesto por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ha subrayado “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”. Situación ante la que ha reclamado a España la adopción de “medidas específicas para asegurar la participación activa de las personas con discapacidad en los procesos públicos de adopción de decisiones a nivel regional”.

Efectivamente, si hacemos un repaso a la situación actual, nos encontramos con que, si bien en bastantes Comunidades Autónomas existen –incluso antes de la Convención– Consejos asesores en materia de discapacidad con participación de las asociaciones representativas de personas con discapacidad, su ámbito de actuación se circunscribe a materias específicas, como la prestación de servicios sociales (Madrid, Asturias, Murcia) o la accesibilidad (la mayoría de ellas, entre las cuales está Cantabria). Únicamente en Andalucía, Castilla-León y Castilla-La Mancha se ha creado legislativamente un órgano autonómico para la promoción, coordinación y seguimiento de todas las políticas de discapacidad susceptible de satisfacer las exigencias de la Convención.

En este sentido, en lo relativo a la Comunidad Autónoma de Cantabria, nuestro informe propone la creación de un Consejo autonómico de la Discapacidad, independiente orgánicamente de la administración autonómica, que, contando con la participación de las asociaciones representativas de las personas con discapacidad y de otros sectores de la sociedad civil, realice funciones de promoción, coordinación y seguimiento de todas las políticas de discapacidad en cualquier ámbito de actuación. Creación que, a nuestro juicio, debería realizarse en el marco de una ley integral de garantías de los derechos de las personas con discapacidad.



2.2.3. *Fiscalidad*

Aunque la Convención no contiene ninguna mención específica a la fiscalidad, representa una herramienta importante para conseguir su propósito de asegurar a las personas con discapacidad y sus familias un nivel de vida adecuado que les posibilite el goce de sus derechos en igualdad de condiciones (art. 28.1), dentro de la limitada capacidad normativa que las Comunidades Autónomas tienen en este ámbito. En este sentido, y con carácter general, la nota más importante a resaltar en relación al tratamiento fiscal de la discapacidad en el ámbito autonómico es la existencia de grandes diferencias entre los diversos territorios, lo que genera situaciones de desigualdad en función del lugar de residencia de los contribuyentes.

En relación específicamente a Cantabria, la regulación de los tributos cedidos por el Estado viene contenida en el *Decreto Legislativo 62/08, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de medidas fiscales en materia de tributos cedidos por el Estado*, una norma que contiene diversas medidas fiscales ligadas a situaciones de discapacidad. En el informe se hace un análisis del alcance de esas medidas, comparándolo tanto con los márgenes permitidos en cada caso por la normativa estatal como con el de las medidas de idéntica naturaleza más ventajosas contempladas en otras legislaciones autonómicas, al objeto de que el legislador cántabro cuente con elementos de referencia para la toma de decisiones. Como resultado de ello, se plantean una serie de posibilidades de reforma:

- En relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el incremento de la cuantía del mínimo por discapacidad aplicable para el cálculo del gravamen y la incorporación de deducciones sobre la cuota íntegra por diversas circunstancias (discapacidad del contribuyente, nacimiento o adopción de niños con discapacidad, adquisición de vivienda habitual, acogimiento no remunerado de persona con discapacidad, gastos satisfechos por primas de seguros individuales de salud...).
- En relación al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, la introducción de nuevas reducciones sobre la base imponible (por discapacidad



del sujeto pasivo en las transmisiones “inter vivos”, donación a hijos y descendientes con discapacidad para adquisición de vivienda habitual o donación al patrimonio protegido de contribuyentes con discapacidad), así como de una bonificación de la cuota en las adquisiciones “inter vivos” por ascendientes o descendientes con discapacidad.

- En relación al Impuesto sobre el Patrimonio, fundamentalmente, la exención de los patrimonios protegidos de las personas con discapacidad.

2.3. Sobre la necesidad de una ley autonómica de garantía de los derechos de las personas con discapacidad

Finalmente, nuestro trabajo termina con una recomendación al legislador autonómico para que, más allá de la realización de las modificaciones propuestas en relación a las leyes actualmente existentes, elabore ex novo una ley de garantía de los derechos de las personas con discapacidad que contenga el estatuto jurídico general en esta materia y cuyos efectos se irradiarían al tratamiento transversal de esta cuestión en cualquier ámbito. La existencia de una regulación de este tipo resulta coherente con la lógica de la Convención y su enfoque del tratamiento de la discapacidad como una cuestión de garantía integral de los derechos fundamentales de estas personas, en cuanto supondría la visualización jurídica de este nuevo planteamiento, constituyendo así un valioso instrumento pedagógico y de concienciación social. Como ya se ha señalado, este es el camino que ya se ha emprendido tras la aprobación de la Convención tanto a nivel estatal como en algunas comunidades autónomas.

Esta ley permitiría enfocar unitariamente los diversos aspectos del tratamiento jurídico de la discapacidad, favoreciendo la intervención integral, coordinada y especializada de todos los actores en los diversos ámbitos bajo las directrices de unos principios y objetivos comunes. Además, como ya se ha traslucido en diversos apartados de nuestro análisis, posibilitaría dar cobertura legislativa a cuestiones de difícil o imposible encaje en las leyes sectoriales. Bien por tratarse de cuestiones relativas al régimen jurídico general de la discapacidad, que desbordan los límites de cada sector material particular: prin-



cipios generales en la materia, definición de las distintas formas de discriminación y catalogación de las distintas medidas de promoción de los derechos de estas personas, tipificación de las infracciones y sanciones, establecimiento del sistema arbitral, creación del Consejo Autonómico de la Discapacidad, medidas de sensibilización y formación, promoción de la investigación... Bien por afectar a ámbitos materiales carentes de referente legislativo autonómico, como sucede, por ejemplo, en relación a posibles medidas dirigidas a facilitar el acceso y la participación de las personas con discapacidad en los procesos judiciales o a promover su empleo.

Actualmente el Gobierno de Cantabria se halla trabajando en la elaboración de dicha ley.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

COURTIS, Christian, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos”, *Jueces para la democracia*, 51, 2004, pp. 7-14.

CUENCA, Patricia (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.

CUENCA, Patricia, *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, 2012.

DE ASÍS, Rafael, “La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder”, en CAMPOY, Ignacio (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 59-73.

FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, traducción de C. Courtis, Trotta, Madrid, 2010.



IHERING, Rudolf von, *La lucha por el Derecho*, traducción de A. Posada, Comares, Granada, 2008.

KANT, Inmanuel, "En torno al tópico: <Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica>", en ID., *Teoría y Práctica*, trad. M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 3-60.

PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008.

SANJOSÉ, Amparo, "El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 13, 2007.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M^a Olga y SOLAR CAYÓN, José Ignacio, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa*, Dykinson, Madrid, 2015

IX. MECANISMOS DE SEGUIMIENTO NACIONAL DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EL CASO DE ESPAÑA.

Leonor Lidón Heras

Delegada del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos.
Profesora Universidad Católica de Valencia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: MECANISMOS DE SEGUIMIENTO PREVISTOS EN LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. –2. EL CERMI COMO MECANISMO INDEPENDIENTE DESIGNADO PARA EL SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION. 2.1 El CERMI 2.2 Nombra- miento como mecanismo independiente designado para el seguimiento de la Convención. 2.3 El Comité de Apoyo del CERMI. –3. ACTIVIDAD DEL CERMI COMO MECANISMO DE SEGUIMIENTO. 3.1 Divulgación, for- mación e información de la Convención. 3.2 Medidas relacionadas con el seguimiento de la Convención. 3.2.1. *Informe anual de Derechos Humanos y Discapacidad.* 3.2.2. *Servicio de asesoramiento jurídico.* 3.2.3. *Informes sombra.* 3.3 Medidas relacionadas con la implementación de la Convención. 3.3.1. *Análisis legislativo y de políticas públicas.* 3.3.2. *Denuncias de ac- tuaciones y realidades que vulneran la Convención.* 3.3.3. *Participación en actuaciones relacionadas con la correcta implementación de la conven- ción.* 3.4 Aportaciones del CERMI al trabajo de los Comités de Naciones Unidas. –4. LAGUNAS Y ÁMBITOS DE MEJORA. 4.1 Consideraciones generales. 4.2 Necesidad de diálogo estructurado institucional e interterri- torial. –BIBLIOGRAFÍA.



1. INTRODUCCIÓN: MECANISMOS DE SEGUIMIENTO PREVISTOS EN LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD o Convención), invita a los Estados a que a nivel nacional nombren uno o más organismos gubernamentales encargados de la aplicación de la Convención, y también les invita a considerar la posibilidad de instituir algún tipo de mecanismo de coordinación que facilite la adopción de medidas de aplicación. Además, deberán contar con un marco que contenga uno o varios mecanismos independientes para promover, proteger y supervisar su aplicación. Por otra parte, está prevista la colaboración de la sociedad civil, y en particular de las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, ya que se establece que estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento. Estas previsiones a nivel nacional son nuevas en el sistema internacional de tratados, tanto por los organismos que establece como por la obligada participación de la sociedad civil a través del diálogo preceptivo marcado por el artículo 4.3, y que afecta a: “la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan”. Como cautela o medida complementaria, se establece que el Estado debe promover la constitución de organizaciones de personas con discapacidad (art. 29 b) ii). En este sentido, es adecuado recordar que también fue la primera Convención con participación de la sociedad civil en su proceso de gestación. Y este esquema de colaboración, de toma de conciencia recíproca, se traspaasa a los Estados, quienes deben promover su existencia y mantener diálogo con las mismas.

Tras este breve repaso a la estructura que crea la Convención y a su carácter novedoso, y centrando ya la mirada en la definición de los mecanismos de seguimiento, el artículo 33 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en relación a la aplicación y seguimiento nacionales se establece que:



1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles.
2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos.
3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento.

Define, por tanto, un doble sistema, uno de tipo gubernativo y que tiene por finalidad las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención, con posibilidad de que tenga capacidad de coordinación, y, por otro lado, insta a la creación de un mecanismo de seguimiento independiente de las instituciones estatales para promover, proteger y supervisar la aplicación de la misma.

El Gobierno español dio cumplimiento a la primera obligación mediante la designación del Consejo Nacional de la Discapacidad, como organismo de instancia pública oficial de seguimiento de la Convención en España¹. El Consejo Nacional de la Discapacidad (CND) es un órgano colegiado interministerial, de

¹ Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad, artículo 2. 1 h):

Constituir el órgano de referencia de la Administración General del Estado para la promoción, protección y seguimiento en España de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos de las personas con discapacidad incorporados a nuestro ordenamiento jurídico y, en especial, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, ratificada por España, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.



carácter consultivo, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, para la definición y coordinación de una política coherente de atención integral.

El CND como mecanismo de coordinación, realiza el seguimiento e impulsa la aplicación de la Convención a través de las preguntas y propuestas que realizan sus miembros. Su relación con los demás Ministerios se recoge en los artículos 3 y ss. relativos a la composición y desempeño de funciones de los miembros del Consejo y en el artículo 8 y ss. se regula el funcionamiento del CND. La relación del CND con la Oficina de Derechos Humanos se articula a través del Ministerio de Asuntos Exteriores en el seno del Consejo.

El seguimiento de la aplicación de la Convención en España se realiza por parte del Defensor del Pueblo, como institución nacional de protección y promoción de los derechos humanos, y por el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad) como mecanismo independiente designado por el Gobierno español de acuerdo con el artículo 33.2 de la Convención. En relación al presente artículo el mecanismo independiente de seguimiento sobre el que se va a profundizar es el CERMI.

2. EL CERMI COMO MECANISMO INDEPENDIENTE DESIGNADO PARA EL SEGUIMIENTO DE LA CONVENCION

2.1 EL CERMI

El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)², es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad, más de 3,8 millones de hombres y mujeres, más sus familias, que conscientes de su situación de grupo social desfavorecido, deciden unirse, a través de las organizaciones en las que se agrupan, para avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de componentes de la sociedad.

²Más información sobre el CERMI:
<http://www.cermi.es/es-ES/Paginas/Portada.aspx>



Está constituido por las principales organizaciones estatales de personas con discapacidad, varias entidades adheridas de acción sectorial y un nutrido grupo de plataformas autonómicas, todas las cuales agrupan a su vez a más de 7.000 asociaciones y entidades.

Tiene por misión articular y vertebrar al movimiento social de la discapacidad, para desde la cohesión y la unidad del sector, y respetando siempre el pluralismo inherente a un segmento social tan diverso, desarrollar una acción política representativa en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad, tanto colectiva como individualmente. El CERMI traslada ante los poderes públicos, los distintos agentes y operadores, y la sociedad, mediante propuestas constructivas, articuladas y contrastadas técnicamente, las necesidades y demandas del grupo de población de la discapacidad, asumiendo y encauzando su representación, convirtiéndose en interlocutor y referente del sector, para promover la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la emancipación social y, en general, la mejora de las condiciones de vida de las ciudadanas y ciudadanos españoles con discapacidad y de sus familias.

2.2 Nombramiento como mecanismo independiente designado para el seguimiento de la Convención

El nombramiento del CERMI se produjo el 17 de septiembre de 2009 mediante acuerdo del Consejo Nacional de la Discapacidad, y alcanzó rango normativo, al ser establecido en virtud de lo contenido en 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:

Disposición adicional primera. Designación de mecanismo independiente para promover, proteger y supervisar en España la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin perjuicio de las funciones del Defensor del Pueblo como Alto Comisionado para la defensa de los derechos humanos, y a los efectos del número



2 del artículo 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 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.

2.3 El Comité de Apoyo del CERMI

Tras el nombramiento, el CERMI adopta la decisión de crear un mecanismo de apoyo, abierto a la sociedad civil, que le permita desarrollar en condiciones óptimas este cometido de: promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España.

El Comité se crea como una instancia experta que depende funcionalmente del CERMI. En este sentido, está compuesta por 26 miembros independientes y elegidos por periodos de cuatro años, así, se integran en su Consejo, representantes de las siguientes estructuras: (a) de entidades de los derechos humanos, tanto del ámbito asociativo de personas con discapacidad como entidades de otros sectores de defensa de los derechos humanos, así como del Defensor del Pueblo; (b) ámbito político-parlamentario; (c) ámbito institucional del Estado, con representación del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (MAEC), de la Judicatura, del Ministerio Fiscal, y de cualquier otra administración competente o con conocimientos en materia de accesibilidad universal; (d) ámbito territorial autonómico y local; (e) del ámbito del diálogo social; (f) del ámbito académico con expertirse en derechos humanos y/o discapacidad; (g) otra representación, como el Observatorio Estatal de la Discapacidad, del ámbito de la RSE y Discapacidad y una persona de libre designación en atención a una trayectoria relevante y competente en la materias del Comité de Apoyo.

En cuanto a sus funciones, sin duda, la principal son las vinculadas a apoyar al CERMI en el seguimiento de las obligaciones del Estado de proteger y pro-



mover, así como las propias obligaciones del CERMI en su labor de supervisar la aplicación y respeto a la Convención.

En todo caso, destaca de forma especial dentro de las funciones del Comité la aprobación del Informe Anual de Derechos Humanos y Discapacidad que elabora el CERMI³.

3. ACTIVIDAD DEL CERMI COMO MECANISMO DE SEGUIMIENTO

La actuación del CERMI en la aplicación de la Convención se incardina a través de diferentes acciones que le permiten una visión integrada y privilegiada en relación a la situación de los derechos de las personas con discapacidad, lo que le permite desarrollar mejor su actuación de incidencia en el ámbito de los derechos humanos. En este sentido, estas actuaciones pueden sistematizarse en:

- a) Medidas relacionadas con la divulgación, formación e información de la Convención.
- b) Medidas relacionadas con la implementación de la Convención.
- c) Medidas relacionadas con el seguimiento de la Convención.
- d) Aportaciones del CERMI al trabajo de los Comités de Naciones Unidas.

3.1 Divulgación, formación e información de la Convención

Bajo este epígrafe se incluyen las acciones encaminadas a un mayor conocimiento de la Convención a muy diferentes niveles, la sociedad en general, los operadores jurídicos, las instituciones, y por supuesto, las personas con discapacidad, sus familias y las asociaciones en las que se integran.

Con estas acciones se busca una mayor toma de conciencia de los derechos, de los mecanismos de defensa y, por tanto, avanzar en la satisfacción de los derechos, en definitiva, supone ampliar y consolidar su base de realización.

³ Todos los años se elabora un Informe, pueden consultarse los informes en el siguiente enlace:
http://www.convenciondiscapacidad.es/Coleccion_new.html



Para el desarrollo de esta actuación de promoción, el CERMI trabaja desde diferentes niveles. Por un lado, afirmando la exigibilidad e invocabilidad directa de la Convención como parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, y en el ámbito ya concreto de la difusión, participa en numerosas actividades y actuaciones que permiten dar a conocer la Convención, ya sea en jornadas, congresos, o mediante la elaboración de documentación técnica o divulgativa sobre la Convención. En este ámbito también se incluye la participación en diferentes entidades institucionales.

El eje de invocar el carácter aplicable de la Convención se sustenta tanto en las previsiones constitucionales como legislativas. Nuestra Carta Magna establece que:

- a) Art. 96. 1 CE: Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

- b) Art. 10.2 CE: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

A mayor abundamiento, se ha aprobado la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que refuerza dicha obligatoriedad. En este sentido, la norma establece los siguientes criterios:

- a) Eficacia de los Tratados internacionales válidamente celebrados a la fecha que determine el tratado, o en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor (art. 28.2).

- b) Son de aplicación directa, y tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla deben adoptar las medidas para su ejecución dentro de su ámbito competencial (art. 30).



c) Prevalencia de los tratados en caso de conflicto, frente a cualquier norma del ordenamiento interno, salvo las de rango constitucional (art. 31).

d) En la interpretación de los tratados adoptados por organizaciones internacionales se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización (art. 35.2).

e) Las disposiciones dictadas en ejecución de tratados internacionales se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan (art. 35.4).

Para precisar el alcance del artículo 10.2 de la Constitución, hay que tener en cuenta la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, el Tribunal Constitucional que afirma tanto la aplicabilidad directa como la interpretación de los Tratados conforme a lo que definen los órganos de garantía de los mismos⁴.

Desde que fue designado, el CERMI ha participado y organizado muy variadas actividades de promoción del conocimiento de la Convención, entre otras puede destacarse⁵:

a) Las jornadas anuales de CERMI autónomicos cuentan con acciones de información y formación sobre la Convención, de forma que se intensifique su conocimiento en el tejido asociativo de la Discapacidad.

b) La celebración y organización de Congresos, como el celebrado junto a la Universidad Carlos III de Madrid, de la I Conferencia Internacional 2008-2013, cinco años de vigencia de la convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dirigida a hacer balance de los cinco primeros años de vigencia de la Convención en España.

⁴ Véase: Tribunal Constitucional, sentencia nº 116/2006, de 24/04/2006, fundamento jurídico quinto.

⁵ Para mayor información pueden consultarse las memorias anuales de la Actividad del CERMI:

<http://www.cermi.es/es-ES/QueesCERMI/Paginas/Memoriasanuales.aspx>



c) La organización de las Jornadas Anuales de la Red de Defensa Legal del CERMI que tratan temática de interés en relación a la CDPD.

d) La participación en el Aula de Derechos Humanos organizada por la Fundación del Consejo General de la Abogacía, y en las jornadas formativas que imparte el Consejo General del Poder Judicial.

También participa en estudios y publicaciones que permiten una difusión tanto técnica como divulgativa de la Convención. En este sentido, dentro de las publicaciones técnicas puede incluirse algunos capítulos de libros como: “Derecho a la atención integral: Capítulo III de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad” en libro Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su inclusión social, también puede mencionarse “Discapacidad e infancia en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas: aciertos y carencias desde el enfoque de derechos humanos”, en la obra Infancia y Discapacidad del Consejo General del Poder Judicial.

Como un elemento clave de difusión y empoderamiento, se elaboran diferentes guías que permiten una mayor toma de conciencia de las propias personas con discapacidad sobre sus derechos. Entre ellas, se puede destacar: “Guía de autodefensa”⁶; “Tu voto y tu participación suman. Que no te resten. Manual de Garantía del derecho del voto y de accesibilidad del proceso electoral para personas con discapacidad”⁷; “Guía para incluir la discapacidad en los programas de las Ciudades Amigas de la Infancia”⁸.

En el ámbito de las relaciones institucionales, se destaca la participación del CERMI en el Foro de Justicia y Discapacidad⁹. Este Foro fue creado por

⁶ <http://www.cermi.es/es-ES/orientacion/Paginas/Autodefensa.aspx>

⁷ <http://www.cermi.es/es-ES/Novidades/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=1882>

⁸ <http://www.cermi.es/es-ES/Biblioteca/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdPub=355>

⁹ Más información:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Justicia-y-Discapacidad/>



el Consejo General del Poder Judicial en diciembre del 2003 con la finalidad básica de coordinar las instituciones jurídicas del Estado para lograr una protección efectiva de los Derechos Fundamentales de las personas con discapacidad.

3.2 Medidas relacionadas con el seguimiento de la Convención

Son aquellas tareas encaminadas a aplicar una actitud de celo para seguir el adecuado cumplimiento de la Convención por parte de cualquier tipo de entidad. Dentro de las actuaciones desarrolladas, se pueden destacar:

- a) El informe anual de Derechos Humanos y Discapacidad.
- b) El servicio de asesoría jurídica.
- c) Informes sombra.

3.2.1. Informe anual de Derechos Humanos y Discapacidad

Sin duda, una de las piezas claves de todo el trabajo desarrollado es el Informe Anual de Derechos Humanos y Discapacidad. Desde el primer informe elaborado en 2008, fecha en la que entra en vigor la Convención en España, el Informe se ha ido modificando en un proceso de mejora continua.

Para su elaboración se incluyen varias fuentes de conocimiento, en todo caso, las principales son: las consultas y denuncias recibidas en el propio CERMI; las acciones emprendidas como consecuencia del trabajo propio de la entidad; las consultas y denuncias de personas y entidades colaboradoras, tanto del movimiento asociativo como pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos; y las noticias publicadas en prensa o difundidas en redes sociales que han originado una investigación por parte del CERMI; así como la actividad de los diferentes operadores jurídicos.

Las secciones del Informe son las siguientes:

I. Introducción

En este capítulo se incluye información sobre el CERMI y su forma de trabajo en la defensa y promoción de los derechos de las personas con discapacidad.



II. Sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, su origen, significado y su aplicabilidad directa.

En este apartado se explican las razones que en sede de Naciones Unidas llevaron a la conclusión de la necesidad de una Convención específica que protegiera los derechos de las personas con discapacidad. Así como la normativa que define su aplicabilidad directa por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

III. Análisis de la situación por artículos de la Convención

El análisis de situación sigue el orden del articulado de la Convención, si bien no se incluyen referencias a todos los artículos, sino de aquellos que permiten un ámbito de reflexión necesario y que son ejemplificativos y significativos sobre la realidad de los derechos de las personas con discapacidad en España. Al ser un informe anual, se detalla de forma viva y dinámica la situación de los derechos de las personas con discapacidad para cada año concreto.

- a) Descripción de la situación de las personas con discapacidad, en este apartado se incluye cualquier información sobre la realidad de los derechos de las personas con discapacidad con independencia del año del informe, de esta forma, se busca dar una visión más amplia y conecta el informe con distintas realidades temporales y vigentes de sus derechos.
- b) Vulneraciones o denuncias, que provienen de los casos individuales recibidos por el CERMI que son más ejemplificativos, o de acciones emprendidas por el CERMI o por otros operadores jurídicos o entidades, acaecidos durante el año del informe.
- c) Avances, que son acciones de diferentes operadores que buscan el cumplimiento de los derechos, ocurrido en el año del informe, y que por tanto suponen consolidación de los mismos.
- d) Propuestas de mejoras acontecidas en el año del informe, que incluyen los ámbitos en los que se debe avanzar. Muchos de ellos corresponden a la iniciativa del CERMI, especialmente en materia legislativa.

IV. Informes presentados en 2016 por otras instituciones de derechos humanos.



Este apartado incluye información sobre otros operadores del ámbito de los derechos humanos. Actualmente se centra en el trabajo del Defensor del Pueblo.

V. Derechos Humanos y Discapacidad en el trabajo De Naciones Unidas.

Esta sección describe el trabajo de los diferentes Comités en materia de Discapacidad.

VI. Derechos Humanos y Discapacidad en la actividad del CERMI.

El trabajo que desarrolla el CERMI en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de Naciones Unidas se incluye en este capítulo.

ANEXOS

En este apartado se incluye aquella documentación que se considera de interés y relevancia dentro del trabajo del CERMI en defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Incluye las diferentes referencias bibliográficas que dan trazabilidad y rigor al Informe.

De esta forma, el Informe se convierte en un documento vivo que, de forma rigurosa y dinámica, registra el estado de situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y cuya conclusión año a año es la deficiente calidad de los derechos humanos de las personas con discapacidad en España.

El Informe es difundido a través de los medios de comunicación del CERMI, y además, se remite al Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, con sede en Ginebra, al Gobierno de la Nación, a las Cortes Generales, a través de la Comisión de Discapacidad del Congreso, a la Fiscalía General del Estado, al Tribunal Constitucional, o al Consejo Ge-



neral del Poder Judicial entre otros, para que tengan constancia de sus contenidos y actúen en la esfera de sus atribuciones para la mejora de las condiciones de vida y de ciudadanía de las personas con discapacidad.

3.2.2. Servicio de asesoramiento jurídico.

Por otra parte, consciente de que las personas con discapacidad son las primeras y necesarias legitimadas para la defensa y promoción de sus derechos, el CERMI cuenta con un servicio de asesoría jurídica gratuita para dar una orientación a las personas con discapacidad que ven vulnerados sus derechos.

A través de este servicio, el CERMI tiene un conocimiento directo de las situaciones de discriminación y vulneración de derechos, y le permite actuar en defensa de los mismos, toda vez que impulsa la autodefensa, de forma que la persona con discapacidad o su familia se empodere para la defensa activa de sus derechos desde los mandatos de la Convención.

3.2.3. Informes sombra

Dentro del concepto de informe sombra se incluyen aquellos informes presentados por la sociedad civil y que son alternativos a los que presenta el Estado cuando informa a los diferentes Comités de Naciones Unidas del nivel de cumplimiento de los tratados de los que es parte.

En la elaboración de informes sombra o alternativos, el CERMI trabaja, bien de forma individual, o junto con otros actores, de esta forma puede visibilizar la situación de los derechos de las personas con discapacidad, y son el contrapunto necesario a los informes que presenta España para dar cumplimiento a su obligación de informar sobre la situación de los derechos humanos bajo los diferentes tratados internacionales de Naciones Unidas.

Sin duda, el de mayor relevancia fue el presentado en 2010 que se elaboró ante la primera evaluación de nuestro país como Estado parte de la CDPD. Con el análisis que aportó se complementó el presentado por el Gobierno, de esta forma, se lograba que el Comité adquiriera un conocimiento completo de la situación en nuestro país y le ayudaba en su evaluación objetiva del grado



de cumplimiento de la CDPD en España. Además, en 2011 el CERMI pudo tener una participación más activa en este proceso con el objetivo de poder obtener unas Observaciones que dieran un impulso a la correcta aplicación del Tratado en nuestro país. Así en septiembre de 2011, durante la VI Sesión del Comité tuvo lugar el Diálogo con España en el que el CERMI participó como Organismo de seguimiento independiente de la Convención. La valoración del proceso de seguimiento fue muy positiva, pues muchas de las observaciones elaboradas por el Comité respondieron a las reivindicaciones del CERMI que se habían incluido en el Informe alternativo.

También, como un elemento de transversalizar la discapacidad en otras entidades de defensa de los derechos humanos, así como en otros Comités de Naciones Unidas, se han presentado informes sombra de otros tratados. Así, en marzo de 2012 el CERMI presentó ante el Comité de la ONU para el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y junto con una amplia coalición de ONGs españolas, un documento alternativo con información complementaria al informe presentado por el Estado español en junio de 2009. Este Informe Alternativo destaca áreas de preocupación que revelan el incumplimiento del Estado español respecto a sus obligaciones, y pone énfasis en aquellos temas que no han sido abordados o que han sido abordados de forma insuficiente. El objetivo es el de reforzar la visibilidad de la situación que viven las personas con discapacidad en relación con los derechos reconocidos en el PIDESC, en línea con lo que ya se había hecho en el 2009 cuando se contestó alternativamente a la Lista de Cuestiones planteada a España para la reunión del Grupo de Trabajo previa al periodo de sesiones del Comité.

Otra actuación se produjo en el Examen Periódico Universal, en la que el CERMI aportó la visión de la Discapacidad, tanto al borrador¹⁰, como posteriormente elaboró recomendaciones para que fueran aceptadas por el Estado Español¹¹.

¹⁰ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, págs. 257-264.

¹¹ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, págs. 273-ss.



3.3 Medidas relacionadas con la implementación de la Convención

En este ámbito se incardinan las actuaciones que buscan asegurar que la legislación, las políticas y las prácticas respeten las obligaciones dimanantes de la Convención, tanto en lo que se refiere a las relaciones entre el Estado (o el resto de entidades territoriales) y las personas, como a las relaciones entre las propias personas, o entre éstas y cualquier entidad pública o privada. Esta obligación normativa comprende tanto el ámbito del reconocimiento de los derechos como los mecanismos de garantía y protección de los mismos.

Las diferentes actuaciones que se incardinan en este ámbito son:

- a) Análisis legislativo y de políticas públicas.
- b) Denuncias de actuaciones y realidades que vulneran de la Convención.
- c) Participación en actuaciones relacionadas con la correcta implementación de la convención.

3.3.1. Análisis legislativo y de políticas públicas

En este ámbito se sitúa de forma preponderante el análisis y propuestas legislativas que aseguren el cumplimiento de la Convención, siendo por tanto una actuación tanto preventiva como reactiva. Desde la entrada en vigor de la Convención se ha intensificado esta labor propositiva y analítica, entre otras actuaciones destacan:

- a) En 2008 se trabajó con la Fundación ONCE y el equipo de la Universidad Carlos III en la elaboración del informe sobre el impacto de la Convención en el ordenamiento jurídico. El resultado del estudio constituyó la base de trabajo para la elaboración de la Propuesta de Ley del CERMI para la adaptación normativa a la CDPD.
- b) Propuestas concretas de mejoras y modificaciones que respeten los derechos y principios recogidos en la CDPD. De todas las acciones llevadas a cabo desde su entrada en vigor pueden destacarse las encaminadas a: la



plena garantía y reconocimiento del derecho de sufragio; el derecho pleno a la integridad corporal y por tanto prohibición de la esterilización no consentida y del aborto coercitivo; la participación plena en la Justicia, dentro de la que se incardina la participación en los Jurados populares en condiciones de igualdad y no discriminación, defensa del derecho de todas las personas con discapacidad al acceso a la Justicia, sin exclusiones y discriminaciones a través de la regulación del Estatuto de la víctima. Muchas de estas propuestas son además puntos de preocupación e interés mostrado por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad en las observaciones finales al Informe presentado por España.

c) La aprobación de la normativa de adaptación de la Convención, la Ley 26/2011 de adaptación normativa da la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y del Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, dio lugar a una intensa actividad del CERMI a través de numerosas enmiendas durante el proceso de elaboración de estas normas, muchas de las cuales fueron tenidas en cuenta.

d) El proyecto de reforma del Código Penal, discutido entre 2014 y 2015, suscitó una gravísima preocupación porque contenía importantes incompatibilidades con la Convención, lo que atentaba gravemente contra los derechos de las personas con discapacidad. Los puntos más graves de fricción, finalmente salvados fueron las medidas de seguridad y la previsión de los tratamientos ambulatorios en la libertad vigilada. Sin embargo, y pese a que se ha restringido se ha mantenido la despenalización de la esterilización sin consentimiento en personas con discapacidad.

Precisamente, la reforma del Código Penal dio lugar en el año 2014, a una de las acciones más relevantes en este ámbito, que fue la visita en julio del Comisionado de la ONU a España, D. Carlos Ríos. Su participación surge de una solicitud del CERMI, como entidad marco independiente para el seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad en España y con la invocación del art. 37.2 de la Convención y con la finalidad de



poder mejorar la capacidad técnica de aplicación de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en España en los términos en que el proyecto de reforma del Código Penal afecte a los derechos protegidos en este tratado.

En el curso de su visita, D. Carlos Ríos recomendó a España que revisara el régimen legal de las medidas de seguridad previstas para las personas consideradas inimputables por razón de discapacidad en la reforma del Código Penal, para que se respetaran sus garantías básicas y los estándares de la Convención de la ONU. Determinó que la reforma afectaba a derechos como la igualdad y no discriminación, al principio de no estigmatización y no generación de estereotipos, así como al derecho a la capacidad jurídica y al acceso a la justicia, y al derecho a la libertad de la seguridad personal. En este sentido es importante resaltar que, en dicho proyecto de reforma el “fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor” y no en la culpabilidad. También sugirió a España que, antes de aprobar la reforma, se convocara a un foro nacional en el que expertos y organizaciones de personas con discapacidad evaluaran las implicaciones del régimen de inimputabilidad actualmente existente.

La positiva experiencia de la visita de Carlos Ríos, dio lugar a que, desde la Secretaría del Comité de Derechos Humanos de las personas con discapacidad, se pidiera la participación del CERMI en su sesión del 26 de septiembre de 2014, para que presentara esta actuación ante las instituciones de derechos humanos de Naciones Unidas. El motivo de esta petición se basó, en que, a juicio del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, esta actuación constituye una buena práctica en lo referente a la colaboración entre los organismos nacionales independientes de seguimiento de la Convención y el propio Comité. Hecho que ha motivado que consideraran que era de interés exponerla a toda la comunidad internacional de defensa de los derechos de las personas con discapacidad.

Además del carácter analítico y propositivo, dentro de esta actividad, también se incardinan las denuncias dirigidas a la oficina del Defensor del Pueblo



para que promueva recursos de inconstitucionalidad contra normas que vulneren la Convención. Entre ellos y con desigual suerte, se puede mencionar la petición en 2014 para que interpusiera un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) por no garantizar la educación inclusiva con apoyos del alumnado con discapacidad, en 2015 contra la Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional, por cuanto limita el pase a segunda actividad a aquellos policías nacionales a los que se les declare una incapacidad permanente y en 2016 contra el artículo 56 en la nueva redacción dada por la Ley de la Jurisdicción voluntaria por cuanto restringe la libertad en el derecho al matrimonio de las personas con discapacidad sensorial, intelectual y enfermedad mental.

3.3.2. Denuncias de actuaciones y realidades que vulneran la Convención

El CERMI desarrolla una intensa actividad de denuncia de vulneraciones de la Convención, muchas de ellas se centran en la situación de inaccesibilidad generalizada de los entornos, productos y servicios. Hay que tener presente que la accesibilidad es un presupuesto necesario para el acceso y ejercicio de los derechos, por lo que su carencia, supone una vulneración tanto del derecho a la accesibilidad, como del derecho que se quiera ejercer, y por supuesto a la igualdad y no discriminación.

La gravedad y vulneración que esto supone deriva en constantes denuncias del CERMI ante diferentes organismos, y especialmente la oficina del Defensor del Pueblo y la Oficina de Atención a la Discapacidad (OADIS), tomando como referencia los Informes de 2014 y 2015 de Derechos Humanos y Discapacidad, se puede destacar:

- a) La inaccesibilidad de las aulas formativas en las que una academia de Ceuta ofertaba cursos adjudicados por el Servicio de Empleo Público Estatal (SEPE) de Ceuta¹².

¹² CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, pág. 48.



- b) La inaccesibilidad de la Oficina de Correos emplazada en el número 86 de la calle Guzmán el Bueno de Madrid. Esta oficina estuvo cerrada al público y tras su apertura después de un proceso de reforma y remodelación integral, se ha identificado que las condiciones actuales del local no cumplen con la legislación vigente respecto a la accesibilidad universal, y en concreto se ha identificado la falta de itinerarios verticales accesibles o la ausencia de un Punto de Atención Accesible que cumpla los requisitos establecidos en la normativa¹³.
- c) La inaccesibilidad del Ayuntamiento de Collado Villalba, para las personas con discapacidad visual¹⁴.
- d) La demora de la Administración General del Estado en la aplicación de las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado¹⁵.
- e) Las carencias de accesibilidad del sitio web de RENFE imposibilitan el acceso de usuarios con discapacidad a sus contenidos y funcionalidades¹⁶.
- f) La falta de accesibilidad de la sede de los Servicios de Salud Mental de Retiro de la capital, situada en la calle Lope de Rueda 43. Este centro sanitario asistencial abierto al público en general, dependiente de la Comunidad de Madrid, presenta severas barreras arquitectónicas, que impiden su uso en condiciones de igualdad y no discriminación¹⁷.
- g) La inaccesibilidad en el sistema de llamadas del Centro de Especialidades Juan A. Romeu, dependiente de la Consejería de Sanidad de Canarias¹⁸.

¹³ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, pág. 49.

¹⁴ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, pág. 49.

¹⁵ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, pág. 49.

¹⁶ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 68.

¹⁷ CERMI, "El CERMI denuncia la falta de accesibilidad de la sede de los Servicios de Salud Mental de Retiro en Madrid", 20/10/2015.

<http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7083>

¹⁸ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 68.



h) Inexistencia de material didáctico en la Escuela Oficial de Idiomas de Granada apropiado para el aprendizaje de lenguas por alumnos que presentan dificultades en el lenguaje oral y que requieren de medios de apoyo específico¹⁹.

i) Falta de accesibilidad de la Librería Científica del CSIC de Madrid²⁰.

j) Falta de accesibilidad de la Dirección General de Tráfico del Ministerio del Interior, del Centro Superior de Educación Vial de Salamanca²¹.

A través de estas denuncias se logran avances, entre otros:

a) Tras la reclamación del CERMI al SEPE de Ceuta, el director provincial del SEPE decidió anular y suspender los cursos que se habían concedido a la academia que incumplía con la normativa de accesibilidad universal²².

b) La página de Internet oficial de petición de cita previa para la obtención del Documento Nacional de Identidad (DNI), cuyo dominio es www.cita-previadnie.es y cuya titularidad corresponde a la Dirección General de la Policía del Ministerio de Interior, ya es accesible tras la denuncia del CERMI²³.

c) La sede del Plan Nacional Sobre Drogas es accesible tras la denuncia del CERMI²⁴: En el año 2013, el CERMI denunció ante la Defensora del Pueblo su inaccesibilidad y el efecto de exclusión que ésta generaba. La Defensora del Pueblo comunicó al CERMI que, la sede de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, organismo adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, ya era accesible para personas con discapacidad.

¹⁹ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 68.

²⁰ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 69.

²¹ CERMI, "El CERMI denuncia ante la Defensora del Pueblo la falta de condiciones de accesibilidad del Centro Superior de Educación Vial", 14/12/2015.

<http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=7277>

²² CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015, pág. 48.

²³ CERMI, "La página de internet de gestión de la cita previa del DNI, accesible tras subsanar sus deficiencias", 11/06/2015. <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=6672>

²⁴ CERMI, "La sede del Plan Nacional sobre Drogas, accesible tras la denuncia del CERMI", 24/03/2015. <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=6361>



d) La Comisaría de la Policía Nacional de Plaza de las Regiones de Madrid es ya accesible²⁵: La denuncia fue presentada por el CERMI ante la OADIS y se basaba en la posible vulneración del principio de accesibilidad y no discriminación por razón de la discapacidad. Las reformas realizadas fueron dos: instalación de una plataforma elevadora y la ubicación de un aseo independiente para personas con movilidad reducida.

e) Atocha mejorará la accesibilidad tras la denuncia del CERMI ante la Defensora del Pueblo²⁶: La macroestación de ferrocarril de Atocha, en Madrid, mejorará la accesibilidad para personas con discapacidad y movilidad reducida con la instalación de un ascensor que comunique a su vez la estación de Cercanías con la de Alta Velocidad. Así evitarán los largos trayectos que las personas con movilidad reducida tienen que hacer para trasladarse de unas dependencias de la estación a otras.

f) La sede de parte de los Juzgados civiles de Madrid, en el número 42 de la calle María de Molina, ya es accesible tras una intervención de la Comunidad de Madrid, que ha eliminado una importante barrera arquitectónica del portal de entrada²⁷.

En 2015 el CERMI presentó una petición individual²⁸, la primera contra el Estado Español, por posible vulneración del artículo 27.1 apartados a), b), e)

²⁵ Lavanguardia.com, "El CERMI logra que una comisaría de Policía sea accesible para discapacitados", 09/07/15.

<http://www.lavanguardia.com/local/madrid/20150406/54429450087/el-cermi-logra-que-una-comisaria-de-policia-sea-accesible-para-discapacitados.html>

²⁶ CERMI, "Madrid. Atocha mejorará la accesibilidad, tras la denuncia del CERMI", 08/04/2015.

<http://www.cermi.es/ES-ES/NOTICIAS/Paginas/Inicio.aspx?TSMEIdNot=6408>

²⁷ Lainformacion.com, "Los Juzgados de María de Molina ya son accesibles tras una denuncia del CERMI", 21/09/2015.

http://noticias.lainformacion.com/asuntos-sociales/discapacitados/discapacidad-los-juzgados-de-maria-de-molina-ya-son-accesibles-tras-una-denuncia-del-cermi_PoxpA6HMjX7gFhaksbLYf7/

²⁸ En virtud del Protocolo Facultativo, se le reconoce al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad competencia para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Una vez se hayan agotado los recursos jurídicos internos.



g), i), y k) de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de España contra D. V.F.C, y del artículo 3 apartados a), b), c), d) y e), del artículo 4.1 apartados a), b) y d) y 4.5, del artículo 5 puntos 1,2, y 3, y el artículo 13.2, todos ellos en relación con el artículo 27.1 y los apartados ya mencionados, en representación de un policía local de Barcelona que se le denegó el pase a segunda actividad²⁹.

3.3.3. Participación en actuaciones relacionadas con la correcta implementación de la convención

En este ámbito desarrollan actuaciones que permiten un mejor conocimiento sobre la correcta aplicación de la Convención.

Desde esta dimensión, se ha participado en los WorkForum sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Unión Europea y sus Estados Miembros que organiza la Comisión Europea de forma anual.

3.4 Aportaciones del CERMI al trabajo de los Comités de Naciones Unidas.

La labor del seguimiento de la Convención en España se complementa con las aportaciones que desde el CERMI se realizan al trabajo de los Comités de Naciones Unidas, a través de las mismas, pone de manifiesto mediante propuestas concretas su experiencia y preocupación sobre la realidad de los derechos de las personas con discapacidad en España, y que pueden tener encaje internacional.

La mayoría de esta actividad se centra en aportaciones a los borradores de las observaciones generales que los diferentes Comités elaboran. Poder influir desde la experiencia de la realidad es una forma de apoyar la correcta interpretación y aplicación de la Convención en España.

²⁹ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 223-ss.



En este sentido, se han presentado propuestas, entre otras a los siguientes borradores de observación general:

- a) Observación general n° 2 relativa a la accesibilidad del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- b) Observación general n° 4 relativa al derecho a la educación inclusiva del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁰.
- c) Observación general n° 19 sobre el gasto público del Comité de los Derechos del Niño³¹.

4. LAGUNAS Y ÁMBITOS DE MEJORA

4.1 Consideraciones generales

La Convención y la designación como mecanismo independiente han permitido, sin duda, intensificar el trabajo del CERMI en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad desde una posición cualificada al poder emplear un lenguaje de derechos humanos y por la reválida y reconocimiento que supone dicho nombramiento, que además implica que cumple los Principios de París³².

La respuesta inmediata del CERMI, conforme ha sido expuesto, fue la creación de la Delegación del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos, delegación desde la que se vertebra el trabajo de monitoreo, así como la constitución del Comité de Apoyo, con ese cariz doble de enriquecimiento mutuo de todos sus miembros. Sin embargo, y pese al mandato del

³⁰ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 259-ss.

³¹ CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016, pág. 265-ss.

³² Se trata de una serie de normas que fijan la naturaleza, alcances y líneas de acción de las instituciones nacionales de derechos humanos que el Sistema de Naciones Unidas recomienda a los Estados crear para la promoción y protección de dichas garantías. Fueron elaborados en el primer Taller Internacional de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, celebrada en París del 7 al 9 de octubre de 1991. Fueron adoptados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con la Resolución 1992/54, de 1992, reafirmada por la Asamblea General con la Resolución 48/134 de 1993.



Estado Español, no se ha producido ninguna dotación presupuestaria específica que, sin que supongan un menoscabo a la independencia como postulan los Principios de París, apoye económicamente al desarrollo de dichas funciones encomendadas.

En líneas generales, tras diez años de la aprobación de la Convención y ocho desde su entrada en vigor en España, la realidad muestra que aún queda mucho por hacer, que se ha de estar en una actuación vigilante y de intensa incidencia, por cuanto el modelo de derechos humanos que propugna la Convención aún no ha permeado la sociedad ni los operadores jurídicos, y esto hace que, contraviniendo la Convención, se siga perpetuando un modelo que entiende la exclusión de las personas con discapacidad como una realidad natural y “lógica” derivada de la propia discapacidad y no, como propugna la Convención, por el propio diseño y configuración de nuestras sociedades.

4.2 Necesidad de diálogo estructurado institucional e interterritorial

La Convención crea y define de forma muy intensa una sistemática de participación de las organizaciones de personas con discapacidad en el proceso de monitoreo y en el propio proceso de implementación de la misma. Sin embargo, no se han desarrollado previsiones que definan una sistemática de trabajo rigurosa, dialogante y específica. De definirse, el CERMI, estaría doblemente cualificado como máxima entidad representativa de la discapacidad y como mecanismo independiente.

Como ejemplo de esta realidad, el marco de seguimiento, conforme se ha establecido en España: Consejo Nacional de la Discapacidad (art. 33.1) y CERMI (art. 33.2), no ha supuesto la definición de un diálogo estructurado y sistemático, por lo que no existe tampoco un calendario de trabajo ni un contenido.

Es por ello esencial, un mecanismo de coordinación interinstitucional constituido para dar plena eficacia al art. 33 y 4 de la Convención. En este sentido, debe tenerse presente que hay ámbitos de la Convención que deben desarrollar



las Comunidades Autónomas y demás entidades locales, por lo que debe tener una estructura que permita seguir y visibilizar el trabajo desde los diferentes niveles competenciales, para así reforzar el intercambio en torno a la implementación de la Convención y obtener resultados y recomendaciones concretos.

Además, es necesaria la dotación de los recursos económicos y humanos suficientes a fin de que tenga capacidad para desempeñar satisfactoriamente las tareas de proteger, promover y supervisar la CDPD por parte del mecanismo independiente.

Por otra parte, sería necesario un mayor y más intenso diálogo

En todo caso, más allá de la estructura territorial, la falta de desarrollo y garantía de los derechos contenidos en la CDPD muestran más un límite político, el de la falta de voluntad, que un límite jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2014*. Madrid: Cinca, 2015.
- CERMI. *Derechos Humanos y Discapacidad, Informe de España 2015*. Madrid: Cinca, 2016.

NORMATIVA

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Constitución española

Ley Orgánica 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa



Ley 26/2011 de adaptación normativa da la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales
Real Decreto 1855/2009, de 4 de diciembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad

Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la

SENTENCIAS

Tribunal Constitucional, sentencia nº 116/2006, de 24/04/2006

NOTAS DE PRENSA Y NOTICIAS

CERMI, "La sede del Plan Nacional sobre Drogas, accesible tras la denuncia del CERMI", 24/03/2015.

CERMI, "Madrid. Atocha mejorará la accesibilidad, tras la denuncia del CERMI", 08/04/2015.

CERMI, "La página de internet de gestión de la cita previa del DNI, accesible tras subsanar sus deficiencias", 11/06/2015

CERMI, "El CERMI denuncia la falta de accesibilidad de la sede de los Servicios de Salud Mental de Retiro en Madrid", 20/10/2015.

CERMI, "El CERMI denuncia ante la Defensora del Pueblo la falta de condiciones de accesibilidad del Centro Superior de Educación Vial", 14/12/2015.

Lainformacion.com, "los Juzgados de María de Molina ya son accesibles tras una denuncia del CERMI", 21/09/2015

Lavanguardia.com, "El CERMI logra que una comisaría de Policía sea accesible para discapacitados", 09/07/15.

X. LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ESPAÑA: LA AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE UNA DÉCADA DESPUÉS

Luis Cayo Pérez Bueno

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

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. –2. LA CONVENCION COMO FUENTE GENERATRIZ DE CAMBIOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNO. 2.1. La Convención, un tratado vivo. 2.2. La Convención como factor determinante de la agenda legislativa de la discapacidad en España. 2.3. Responsabilidad del impulso de la agenda legislativa. –3. CORRESPONDENCIA ENTRE LA CONVENCION Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: JUICIO GENERAL. 3.1. En el momento de la entrada en vigor en el Estado español. 3.2. Cambios desencadenados desde la entrada en vigor. –4. AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE. 4.1. Reforma constitucional. 4.2. Innovaciones conectadas con derechos fundamentales (reserva de ley orgánica). 4.3. Innovaciones conectadas con el resto de derechos (legislador ordinario). 4.4. La agenda legislativa en la esfera territorial. –BIBLIOGRAFÍA. –PÁGINAS DE INTERNET DE REFERENCIA.



1. CONSIDERACIONES INICIALES

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Organización de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, es el hecho social, político y legislativo más relevante de los acontecidos en la esfera de las personas con discapacidad en lo que va de siglo, y sus efectos transcendentales está llamados a desplegarse aún por mucho tiempo más. Por fin, ha ocurrido algo, en el plano político, legislativo y jurídicos a la altura de los abrumadores requerimientos de derechos, inclusión y bienestar que reclaman las personas con discapacidad.

Nos ha dotado, la Convención, de arsenal bastante para desencadenar, global y localmente, espirales transformadoras de largo alcance para la mejora de las condiciones de vida y ciudadanía de las personas con discapacidad. Su potencialidad como herramienta de cambio personal y colectivo es enorme, si por el activismo de la discapacidad, como avanzadilla del grupo de interés más interesado y legitimado en su realización, se emplea con convicción e inteligencia, sin desmayo, en toda ocasión y en todo momento.

Por más que la Convención se intitule “internacional”, que lo es, no deja de tener una dimensión intensamente nacional, pues sus destinatarios naturales son los Estados, lo sujetos primordiales del Derecho Internacional, que la hayan firmado y ratificado, como es el caso de España. Desde el 3 de mayo de 2008, fecha de su entrada en vigor, este instrumento jurídico internacional de Naciones Unidas es Derecho positivo nacional, se agrega y se integra en el ordenamiento normativo español y sus principios, valores y mandatos son parte insoslayable de su legislación y de su acción pública, incluida la judicial.

Transcurridos ocho años de su vigencia en España, diez desde su aprobación, parece conveniente examinar en qué medida esa imperatividad formal era y es también realidad material, y a la vista de ese balance, ver qué queda pendiente. Una vez se determine si esa nominalidad jurídica se traduce en efectividad de derechos para las personas a las que potencialmente se dirige a proteger, a saber: las mujeres y hombres con discapacidad, es preciso indicar qué ha de hacer aún



España, en el plano legislativo, para poder aseverar que el ordenamiento jurídico nacional se corresponde, al menos en lo basilar, con el tratado de derechos humanos de las personas con discapacidad. Este último es el propósito de este artículo, el de enunciar y fundamentar en términos de agenda política –y en particular, de agenda legislativa– lo que queda pendiente una década después.

2. LA CONVENCIÓN COMO FUENTE GENERATRIZ DE CAMBIOS NORMATIVOS EN EL DERECHO INTERNO

Un tratado internacional de derechos humanos de esta ambición, intensidad y alcance necesariamente ha de producir efectos de innovación normativa en los Estados parte que mediante la firma y ratificación lo incorporan válidamente a su derecho interno. La entidad y la cantidad de esos efectos dependerá sustancialmente del estado de alineamiento del ordenamiento jurídico nacional de que se trate, en este caso el español, respecto de los valores, principios y mandatos que dimanen de la Convención. A mayor correspondencia, menos perentoriedad de cambios; a menor nivel de ajuste, la agenda normativa de innovación se ampliará en esa misma medida. Pero sin entrar todavía en determinar a punto fijo ese grado de homologación entre la Convención y el Derecho español, que queda para más adelante en este artículo, resulta de interés parar mientes en la carga de profundidad objetiva que para las políticas y legislaciones sobre discapacidad, sin importar apenas el país o la región del mundo, pues todos arrancan de situaciones insatisfactorias, comporta el tratado internacional.

2.1. La Convención, un tratado vivo.

Aunque la Convención es un texto jurídico internacional fijo, determinado y concluso, que se inserta en bloque en el ordenamiento jurídico nacional receptor, en el plano político y en el legislativo puede ser considerado como una fuente caudalosa de generación de cambios, directos o inducidos, que se irán desplegando con mayor o menor celeridad. Esto autoriza a hablar de la Convención como un tratado vivo, con virtualidad bastante para desencadenar espirales transformadoras durante un periodo de tiempo dilatado y considerable en efectos.



La carga transformadora de la Convención proporciona tarea para las próximas décadas, a contar desde su entrada en vigor, lo cual no ha de extrañar pues lo que trata de alterar, a mejor, son las condiciones de exclusión de las personas con discapacidad, que son sistemáticas y estructurales y que precisan de lapsos prolongados para verse sino enteramente contrarrestadas, sí al menos significativamente atenuadas. Esta invocación al necesario concurso de periodos temporales duraderos, no es una cesión a la resignación, procede más bien de una ingrata comprobación¹, en los planos nacionales y europeos, a saber: la de que el efecto de las normas jurídicas favorables a la inclusión, los derechos y el bienestar de las personas con discapacidad, por más ineludibles que resulten, son limitados; el cambio necesario para este parte de la ciudadanía no puede producirse solo por obra de las leyes, aunque su participación es determinante para el buen fin de ese proceso. En suma, la Convención ha de ser, refiriéndonos ya a España, el marco orientador, rector y prescriptor de las políticas y legislaciones de discapacidad de las próximas dos o tres décadas, cuyos principios, valores y mandatos han de impregnar y condicionar toda la acción pública en materia de discapacidad.

2.2. La Convención como factor determinante de la agenda legislativa de la discapacidad en España.

La respuesta a la cuestión de qué contenidos provee la Convención a la agenda pública nacional de la discapacidad no puede no ser profusa. Estos son múltiples, variados, de diversa intensidad y alcance, de largo recorrido y de proximidad o cercanía, nutren la agenda mediata y la inmediata, constituyen un gran repertorio a disposición en el que escoger. La Convención orienta la agenda política a corto, a medio y a largo plazo. Sobre la base de la Convención, se ha de confeccionar la agenda política y normativa de la discapacidad, próxima y remota.

¹ Valga el caso, en España, de la Ley de Integración Social de los *Minusválidos* [sic] (LISMI), promulgada en 1982 y formalmente derogada treinta y un año después, en 2013, que sentó las bases y ha regido las políticas públicas de discapacidad en nuestro país hasta hace bien poco. A despecho de su vigencia extendida y de sus contribuciones benéficas, no puede decirse, en modo alguno, que haya resuelto la cuestión de la discapacidad. Para una apreciación global de esta Ley y sus repercusiones, véase la publicación *30 años de LISMI: un recorrido de inclusión*, Madrid, CERMI, 2012.



A tal propósito, es menester contrastar el grado de correspondencia entre lo que supone la Convención y las políticas y legislaciones internas. Ese contraste permitirá identificar las fricciones y colisiones, que las hay, y señalar las carencias y déficits, denunciándolos y planteando correcciones y subsanaciones mediante modificaciones normativas y cambios en la acción y estrategias públicas. De igual manera, será preciso proponer creativamente medidas políticas y legislativas orientadas a la convergencia o conciliación entre el Derecho nacional y el texto internacional y finalmente, incidir y presionar para que ese proceso de ajuste se materialice al ritmo más acelerado posible.

2.3. Responsabilidad del impulso de la agenda legislativa.

Al ser la Convención un tratado internacional jurídicamente vinculante asumido por el Estado parte del mismo, en este supuesto, España, la labor de su implantación y aplicación –incluyendo en estas la modificación de las disposiciones normativas nacionales que eventualmente entren en conflicto– corresponde a no dudar, en primer término, a los poderes públicos, con el Gobierno de la Nación al frente. En los estados compuestos, con múltiples focos y planos de poder, todos las estructuras públicas, en la esfera de sus respectivas atribuciones, estarían llamadas a este desempeño que es de esperar fuera convencido, continuado y enérgico.

Pero esta responsabilidad no deja de ser más nominal que real, si no atecemos a la comprobación práctica, evidenciada en su escasa y muchas veces errada acción, y más aún en su abrumadora omisión, del compromiso de las instancias públicas con los derechos de las personas con discapacidad. Deberían serlo, pero no lo son y no lo van a ser, por lo que, como en todo lo que guarda relación con las políticas públicas de discapacidad, el peso del impulso de la agenda legislativa recae una vez más las propias personas con discapacidad y sus familias, activas, comprometidas y organizadas en tramas sociales con peso y escala representativos. La suerte de la agenda legislativa dependerá del movimiento cívico de la discapacidad y del mayor o menor acierto que logre en su actuación, inexcusable e impostergable, como agente político para el cambio que precisan las personas con discapacidad en sus condiciones de vida y ciudadanía. Incumbe



a este movimiento social, por dejación de las otras instancias, las públicas, pero también por convicción y por responsabilidad, como interesado primordial, erigirse en motor y promotor de las políticas públicas y las legislaciones mediante las labores de incidencia e interlocución, y la capacidad y aptitud para la propuesta y la negociación.

3. CORRESPONDENCIA ENTRE LA CONVENCIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: JUICIO GENERAL.

Delinear la agenda legislativa pendiente como consecuencia de la recepción en el ordenamiento jurídico nacional de la Convención, requiere previamente formular un juicio, aun general, sobre el grado de correspondencia entre el texto jurídico internacional y el Derecho español para determinar cuán numeroso e intenso tendrá que ser el conjunto de propuestas de reforma o innovación. Y esto, convenientemente temporalizado, distinguiendo dos momentos, uno primero a la entrada en vigor en el Estado español –que como se sabe sobradamente es la mayo del año 2008– y otro posterior, el actual, por cuanto es preciso conocer qué cambios se han producido desde 2008 hasta ahora en ese proceso de ajuste normativo.

3.1. En el momento de la entrada en vigor en el Estado español.

La práctica de los países ante un hecho jurídico internacional de la dimensión y calado de la Convención suele diferir, observándose generalizadamente dos conductas divergentes. De un lado, la de los Estados que no firman ni ratifican inmediatamente el tratado, sino que optan por efectuar primero un trabajo interno de adaptación o ajuste de su ordenamiento, a fin de que la recepción, en su momento, de la Convención no cause tensiones ni conflictos, pues se ha realizado la conciliación, valga la expresión, de modo anticipado y hasta casi preventivo. De otro lado, la de los Estados que se inclinan a hacer suyo el tratado de forma acelerada, firmándolo y ratificándolo con la presteza que les permiten sus mecanismos constitucionales o legales de adopción o incorporación válida de convenios internacionales. En este segundo modo de conducirse, se posterga la tarea de ajuste –pues se es plenamente conocedor de la existencia de colisiones– a un momento posterior, estando ya vigente y siendo de aplicación en el



país en cuestión el texto internacional asumido. Esta última fue la opción ejercida por España, firmando y ratificando con rapidez la Convención, y difiriendo a un tiempo o tiempos futuros la necesaria adaptación normativa.

Escoger la segunda de las dos vías vistas anteriormente, significa que el Estado parte es consciente de la inadecuación de su ordenamiento interno al nuevo cuerpo jurídico que se integra, aunque prefiere acometer esos trabajos con posterioridad, vigente e imperativo ya el tratado internacional. Pero más allá del acierto o no de seguir uno o otro cauce, lo relevante a los efectos del propósito de este artículo es determinar el grado de correspondencia entre la Convención y el Derecho interno del país de que se trate, para saber al menos aproximadamente cuán grande será la agenda legislativa pendiente.

Refiriéndose a España, el juicio general sobre la correspondencia entre la Convención y el Derecho nacional resultará de la operación de contraste de ambos aparatos dispositivos. No es este el lugar para desplegar esa comparativa, de suyo ardua y prolija, y ensayada ya en estudios y análisis muy meritorios², pero no sería temerario decir sobre las bases disponibles que la divergencia es asaz notable. No ha de sorprender este aserto, por cuanto la Convención es un tratado internacional ambicioso, innovador y exigente, casi disruptivo, respecto de lo que venía siendo tradicional en esta materia, a escala internacional, regional y nacional; y las políticas y legislaciones españolas son un precipitado histórico disímil, discontinuo y fragmentario, sin carácter sistemático, que abreva en modelos preexistentes y superpuestos (médico, rehabilitador, asistencial, algún atisbo de no discriminación, etc.) muchas veces incoherentes y hasta incompatibles con el social y de derechos humanos que informa cabalmente la Convención. Como el de la mayoría de países y organizaciones supranacionales

²Una investigación harto temprana, de 2008, año de entrada en vigor de la Convención en España, promovida por el CERMI y la Fundación ONCE, indicaba que el ajuste general entre el ordenamiento jurídico español y la Convención requeriría la modificación de más de noventa disposiciones normativas de rango legal, lo cual patentiza la carga de trabajo legislativa que comportaría asumir la Convención. Y esto solo en la esfera de la legislación del Estado, sin contar por ende la autonómica, que multiplicaría ese abultado número. Véase: INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” / UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Fundación ONCE/CERMI, 2008.



(como es el caso de la Unión Europea, parte como tal del tratado), el ordenamiento jurídico español no está ni estaba, en el momento de la entrada en vigor³, alineado con el marco dispositivo que comporta la Convención, por lo que se impone una labor de ajuste de considerables proporciones.

3.2. Cambios desencadenados desde la entrada en vigor.

Una vez incorporado y vigente el tratado internacional de la discapacidad, mayo de 2008, España como Estado parte ha desplegado distintas iniciativas para ir acomodando progresivamente el derecho nacional a las prescripciones de la Convención. No se ha tratado, empero, de una actividad consciente, planificada y totalizadora, como hubiera sido de esperar y exigía la asunción sincera de un compromiso de tal magnitud, sino más bien de intentos dispersos y parciales, surgidos con propósito específico o aprovechando al paso reformas normativas en curso en otros órdenes jurídicos, y consecuencia siempre de la presión y las labores de incidencia política de las estructuras de la discapacidad organizada. Los Gobiernos y los Parlamentos⁴ que se han sucedido en España desde 2008, de signo diverso y mayorías cambiantes e invertidas, han pecado por omisión en su obligación de materializar el proceso de acomodo del Derecho interno a los mandatos de las Convención en los numerosos y relevantes supuestos existentes de colisión.

³Una exposición general de las fricciones más significadas entre la Convención y el Derecho nacional de la discapacidad, y enunciación de los ajustes precisos para subsanarlas, desde el enfoque del movimiento asociativo, pueden hallarse en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: Ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión*, páginas 49-64, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI, 2010.

⁴Al margen de las evidencias de desajustes descritas y denunciadas por el movimiento asociativo o por la analítica jurídica académica, en septiembre del 2011, el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas emite oficialmente informe de recomendaciones a España, una vez examinado este Estado parte con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 35 de la Convención. Este órgano de Naciones Unidas, en despliegue de su función de mecanismo de supervisión y seguimiento del tratado, señala a España un nutrido conjunto de medidas y decisiones, legislativas y políticas, que debe poner en práctica para avanzar en el ajuste entre la Convención y el Derecho nacional. Véase a este respecto, COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS: “Documento de observaciones finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto periodo de sesiones del 19 al 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención” en *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, páginas 121-137.



Aunque se ha carecido y se carece de un proyecto de acomodación globalizador y ambicioso, a la altura de los requerimientos de las discordancias afloradas, sí se han desarrollado iniciativas de ajuste desde el momento de entrada en vigor de la Convención hasta el momento presente para progresar en ese acomodo. A continuación, se enuncian y se examinan someramente las de mayor entidad:

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

A despecho de su denominación oficial, un tanto pretenciosa, no se trata de una legislación extensa de acomodación general del ordenamiento jurídico a las prescripciones de la Convención. Sin embargo es el mayor intento llevado a cabo hasta ahora en el proceso de ajuste y globalmente hay que considerarlo positivo, aunque sea tan solo un primer conato, de otros muchos y más firmes que deberían haberle seguido. Como balance⁵, esta Ley aporta la reforma de más de una veintena de disposiciones legales preexistentes, todas ordinarias, no orgánicas, por lo que quedan fuera de su objeto aspectos de enorme trascendencia en términos de derechos humanos (régimen electoral, libertad personal, educación, delitos y penas, etc.) que están reservados en exclusiva al legislador orgánico en la Constitución española, por lo que buena parte de los mandatos de la Convención no podrían haberse materializado por este canal. Las reformas de la Ley no siempre estaban directamente conectadas o exigidas por la Convención, pero en todo caso son tenidas como favorables para los derechos de las personas con discapacidad o de mejora de la acción pública en materia de discapacidad. Esta Ley vino proseguida por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, trasunto en el plano reglamentario de los designios de la norma legal.

⁵Un examen pormenorizado de la significación de esta Ley y de sus aportes al proceso de ajuste normativo a la Convención, se halla en VARIOS AUTORES (ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza; CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; MOLINA FERNÁNDEZ, Carmen; GONZÁLEZ-BADÍA, Juan): *Informe 2011. La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi / Fundación Derecho y Discapacidad, 2013.



Además, la norma legal de 2011 contenía una habilitación normativa al Gobierno de la Nación para refundir en un único texto legal las tres leyes nucleares de la discapacidad en España hasta ese momento (Ley 13/1982, de 7 de abril de Integración Social de los *Minusválidos* [sic]; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y 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), refundición que, dada la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debería efectuarse, a pesar de que el mandato refundidor no lo indicara expresamente, a la luz de este tratado internacional, y que fue finalmente verificada por la norma que se examinará seguidamente.

ii. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

El segundo intento, en el tiempo y en relevancia, de ajuste del ordenamiento jurídico español al universo normativo de la Convención viene representado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, ya citado. Bien que la actividad refundidora presenta limitaciones inherentes a este instituto de producción legislativa, como bien consiga la doctrina más reputada en Derecho de la Discapacidad⁶, por cuanto no cabe innovar el ordenamiento jurídico, sino a lo sumo regularizar, aclarar y armonizar, las disposiciones legales preexistentes objeto de refundición, el Real Decreto Legislativo 1/2013 ha significado un cierto progreso en el proceso de alineamiento del Derecho nacional con la Convención, pues ha

⁶ Véase a este propósito el estudio de DE LORENZO GARCÍA, Rafael: “Concepto y alcance de la refundición de textos legislativos. El mandato de refundición en el caso del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre”, en ARENAS ESCRIBANO, Fernando / CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (Coordinadores): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, páginas 21-72.



tratado, hasta dónde ha tenido margen y no comportaba una innovación vedada, de colocar el texto legal resultante armonizado bajo la estela de los principios y valores del tratado internacional. No ha supuesto, huelga decirlo, no podía suponer, una revisión y actualización del principal corpus normativo de la discapacidad en España en clave de Convención⁷, pero al menos ha llevado consigo una relectura bajo el enfoque del tratado internacional de, a partir de su promulgación, el texto legal unitario de referencia en materia de discapacidad.

iii. Otros cambios.

No han sido las anteriores las únicas iniciativas de acomodación del Derecho interno a la Convención producidas desde su entrada en vigor, pero sí las de mayor entidad. De modo esporádico, parcial o sectorialmente, merced a la tarea de incidencia y propuesta del movimiento social de la discapacidad, se han ido incorporando modificaciones en esferas limitadas del ordenamiento jurídico, al hilo de la adopción de distintas legislaciones, con conexión material con los contenidos del tratado internacional. Se trata, hay que reconocerlo, de una vía utilitaria, pragmática, si se quiere, que subsana transversalmente aspectos concretos o específicos. A pesar de sus relativamente modestos resultados, no debe desdeñarse y tiene que ser tomada como complementaria de las operaciones globales, que serían las preferibles pero que no siempre están disponibles.

Ejemplos de este modo de actuar son, en materia de acceso a la Justicia (artículo 13 de la Convención), determinados cambios operados en la legislación penal, de cierta relevancia, por medio de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; en la legislación procesal criminal de atención a víctimas de delitos (Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito), o

⁷Un exhaustivo análisis de la correspondencia entre la Convención y el Real Decreto Legislativo 1/2013, de tono crítico, se encuentra en ASÍS, Rafael de: “El encaje de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en el Texto Refundido”, en ARENAS ESCRIBANO, Fernando / CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (Coordinadores): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, páginas 73-101.



en la de adquisición de la nacionalidad española (Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España). En estos dominios, y aprovechando la tramitación parlamentaria de distintas iniciativas legislativas que en principio no tenían presente la Convención, se ha avanzado en el proceso de ajuste.

No siempre, empero, este cauce ha desencadenado efectos positivos. Así, por citar solo algunos casos elocuentes, la reforma de la enseñanza llevada a cabo en 2013 con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, ignoró por completo los mandatos del artículo 24 de la Convención, que garantiza la educación inclusiva, despreciando esta coyuntura para alinear la legislación educativa española con el tratado internacional en un tema tan crítico y decisivo. También en 2010, la reforma de la legislación reguladora del aborto (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo) eludió, como hubiera debido, desterrar del ordenamiento jurídico español cualquier atisbo de discriminación por razón de discapacidad como sucede con el mantenimiento de ciertos supuestos eugenésicos. Estas fallas denotan la ausencia de real compromiso del Estado parte, España, y de sus poderes públicos, con la Convención, pese a sus protestas retóricas de aceptación y asunción.

4. AGENDA LEGISLATIVA PENDIENTE.

Efectuado a grandes rasgos el balance de lo relativamente poco que ha dado de sí hasta el momento el proceso de ajuste del Derecho nacional con la Convención⁸, y de lo mucho por tanto que queda por hacer, corresponde ahora enunciar los asuntos pendientes, que integrarían lo que puede llamarse autorizadamente la agenda legislativa pendiente.

⁸Una apreciación más completa y fundada puede encontrarse en: LORENZO GARCÍA, Rafael de: "Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España", en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 143-167.



Algún operador social⁹, cuyas líneas directrices se seguirán, ya ha acometido esta tarea y la ha presentado y propuesto a las diversas instancias políticas e institucionales, que es de esperar la incorporen en las agendas oficiales y en los próximos meses y años, se asista a resultados tangibles y satisfactorios.

No precede aquí consignar por lo menudo todas y cada una de las modificaciones o innovaciones normativas que formarían parte de la agenda legislativa pendiente, pero sí exponer las de mayor sustancia y significación, de modo agrupado en función de su afinidad temática.

4.1. Reforma constitucional.

La recepción de la Convención en el Derecho español, por sí misma, no exige ni requiere la reforma de la Constitución española de 1978¹⁰, pero nada impide que pudiera efectuarse, es más sería recomendable, aprovechando también la coyuntura política en la que muchas voces y sectores reclaman modificaciones en el texto fundamental. En relación con las personas con discapacidad, la reforma de la Constitución se enderezaría a dotar de rango de derecho fundamental –máximo grado de protección y garantía– a los derechos sociales, económicos y culturales de la ciudadanía española, comprendidos los de las personas con discapacidad (y sus familias), que aseguren su inclusión en la comunidad y la vida independiente, mediante la no discriminación y la acción positiva.

Como consecuencia y concreción de lo anterior, se debería acometer la modificación del vigente artículo 49, tanto de su contenido, como de su ubicación,

⁹En efecto, el movimiento social de la discapacidad español ha confeccionado su propia agenda legislativa como consecuencia de la recepción de la Convención en el sistema normativo nacional, y la ha planteado a los partidos políticos concurrentes a la última elecciones generales. Véase: COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Elecciones Generales 2016. Documento de propuestas en materia de derechos, inclusión y bienestar de personas con discapacidad y sus familias para los programas electorales de las formaciones políticas*, Madrid, CERMI, 2016, páginas 4-6.

¹⁰Una interpretación particularmente sugestiva de la interacción entre la Convención y los derechos fundamentales estatuidos en la Constitución española se contiene en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI, 2015.



dedicado en el vigente texto constitucional a las personas con discapacidad, para configurar la igualdad y la inclusión como derecho fundamental, actualizando asimismo el enfoque y la terminología al paradigma de derechos humanos de la Convención Internacional de Naciones Unidas de 2006.

4.2. Innovaciones conectadas con derechos fundamentales (reserva de ley orgánica).

Es en este dominio de los derechos fundamentales, con arreglo a su declaración constitucional, en el que más modificaciones normativas habría pendientes, y también de mayor magnitud y máximo apremio en su verificación, como consecuencia de la recepción de la Convención en el Derecho nacional. Sumariamente enunciadas estas innovaciones se deberían proyectar sobre:

- Igualdad. Suprimir de la legislación orgánica sobre el aborto cualquier supuesto de discriminación por razón de discapacidad.
- Participación política. Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General para que ninguna persona con discapacidad pueda ser privada del derecho fundamental de sufragio en el futuro y se reconozca en plenitud el derecho de voto a las que ahora no lo disfrutaban. Se trata de poner fin a la grave vulneración de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad que necesitan apoyos para la toma de decisiones, que con la legislación vigente, pueden ser privadas del derecho de sufragio, lo que entra en clara contradicción con los derechos humanos de las personas con discapacidad. Además, hay que proceder a la reforma de la regulación normativa de la participación política y el acceso a los procesos electorales de las personas con discapacidad para garantizar la igualdad efectiva y la accesibilidad universal, sin discriminaciones ni exclusiones, que comprende también la provisión de apoyos de todo tipo para que estas personas puedan ejercer la funciones electorales como el resto de la ciudadanía. Asimismo, es preciso regular modalidades de voto accesible para las personas con discapacidad visual en las elecciones locales a través de procedimientos tecnológicos que permitan un pleno y completo ejercicio del derecho de sufragio de modo autónomo, seguro y cómodo.



- Libertad personal. Eliminación del ordenamiento jurídico de la posibilidad de los internamientos no voluntarios por razón de trastorno mental o discapacidad psicosocial.
- Integridad. Derogación completa de la esterilización forzosa o no consentida a personas con discapacidad sometidas a procedimientos de sustitución de la toma de decisiones.
- Educación. Modificación de la legislación educativa para establecer un sistema de enseñanza inclusivo, acabando con la educación segregada por razón de discapacidad, y establecer disponer y habilitar apoyos efectivos para una educación verdaderamente inclusiva¹¹.
- Protección jurídica y efectividad de los derechos. Acceso a la Justicia y tutela judicial. En este ámbito, queda pendiente señaladamente la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado para suprimir la exclusión vigente que impide a determinadas personas con discapacidad ser jurados.

4.3. Innovaciones conectadas con el resto de derechos (legislador ordinario).

Dado el carácter integral de la Convención, no habría dominio o reducto de la legislación o la acción pública españolas en los que no tuviera alguna repercusión el tratado internacional que exigiese modificaciones o innovaciones normativas. Como resulta imposible enunciarlos todos, se mencionan solamente los más críticos y determinantes para los derechos de las personas con discapacidad:

- Igual capacidad jurídica. Reforma de la legislación civil (sustantiva y procesal) para instaurar un proceso de apoyos a la toma de decisiones que sustituya al de incapacitación ahora vigente, incompatible con la Convención¹².

¹¹ La absoluta inadecuación de la legislación educativa española a los mandatos de la Convención queda patente en: ALONSO PARREÑO, María José / ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de: *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, 2011.

¹² Desde el movimiento social de la discapacidad, se ha planteado un nuevo modelo de apoyos a la toma de de-



- Reforma del entramado de leyes sociales, para establecer con el estatuto de derecho subjetivo apoyos públicos suficientes para la autonomía personal, la vida independiente y la inclusión en la comunidad de las personas con discapacidad¹³.
- Desinstitucionalización. La inclusión en la comunidad y el derecho a una vida autónoma e independiente de las personas con discapacidad pasan por que estas puedan elegir donde y como vivir, sin que se les puedan imponer formas de vida segregada o específica, al margen de la corriente general comunitaria. A fin de acabar con la institucionalización forzosa de las personas con discapacidad, y previa la confección de un estudio general de situación, adopción de una Estrategia Estatal de Inclusión en la Comunidad que permita a las personas institucionalizadas acogerse a formulas de vida inclusivas en la comunidad, contando con los apoyos públicos que para pueda hacerse efectiva su elección. Esta Estrategia Estatal de desinstitucionalización ha de impedir la institucionalización segregadora de nuevas personas con discapacidad que precisen de apoyos para su autonomía personal, y ha de ofrecer a las ahora institucionalizadas por falta de oferta y garantía de otras opciones vitales, recursos y apoyos inclusivos en el seno de la comunidad.
- Inclusión laboral. Revisión de la normativa sociolaboral para establecer un mercado de trabajo abierto, no discriminatorio e inclusivo con las personas con discapacidad, acorde con la Convención.
- Accesibilidad universal. Completar el ordenamiento normativo de la accesibilidad universal en los aspectos exigidos por la Convención y aún

ciones, cuya líneas generales pueden consultarse en: PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de previsión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 177-184.

¹³ Objeto de reforma profunda, para adecuarla a la Convención, debería ser la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tal como postulan: ASÍS, Rafael de / BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, 2010.



no regulados, así como hacer efectivos los mandatos vigentes en cuanto a límites temporales máximos para que los entornos, bienes, productos y servicios sean accesibles.

- Estatuto legal de las situaciones de discapacidad. Acomodar la regulación normativa de las situaciones de discapacidad al modelo social amplio establecido en la Convención.

4.4. La agenda legislativa en la esfera territorial.

La acomodación del ordenamiento jurídico a los principios, valores y mandatos de la Convención es una obligación del Estado parte, que se extiende a todos sus poderes, entre los que están los legislativos. Al ser España un Estado complejo, con variadas instancias dotadas de potestad normativa, como son, junto al Estado estrictamente considerado, las Comunidades Autónomas, estas también están igualmente vinculadas por el tratado internacional, y les incumbe su recepción y ajuste en la misma medida y exigencia. La propia Convención en el apartado 5 de su artículo 4, dedicado a establecer las obligaciones generales de los Estado parte, lo determina: “Las disposiciones de la presente Convención se aplicaran a todas las partes de los Estados federales sin limitaciones ni excepciones”.

Las Comunidades Autónomas –los poderes territoriales españoles–, no parece, a juzgar por su nula actividad en este sentido en los años de vigencia de la Convención, que se hayan sentido concernidas por este mandato terminante. Más bien, como se ha denunciado desde la discapacidad organizada, han hecho dejación de sus responsabilidades y no están ajustando sus disposiciones normativas, legales y reglamentarias, al tratado internacional¹⁴.

¹⁴ A título de ejemplo, una investigación reciente examina un ordenamiento autonómico, el de Cantabria, y señala las fricciones con el tratado internacional, proponiendo acto seguido las modificaciones necesarias para el ajuste: SOLAR CAYÓN, José Ignacio / SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa*. Madrid, Dykinson, 2015.



Ocho años después de su entrada en vigor en España, las Comunidades Autónomas¹⁵ apenas han adoptado medidas para adecuar su legislación y sus políticas al nuevo y exigente marco de derechos del texto internacional de la discapacidad.

La Convención no es algo que ocurre extramuros, en la escena internacional, o en la esfera estatal, y al que se mira como mero espectador, que diríase es la actitud de gran parte de las Comunidades Autónomas, sino que es cosa propia, que compele a todos los poderes públicos, nacionales y territoriales. Las Comunidades Autónomas están interpeladas y urgidas en primera persona por la Convención y son igual de responsables que el Ejecutivo nacional. Han de responder legislativa y políticamente a ese desafío, impulsando con decisión y de la mano del movimiento asociativo de la discapacidad, una revisión profunda de su marco normativo y de su acción pública para adaptarla con celeridad al tratado de derechos humanos de la discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PARREÑO, María José / ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés de: *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, 2011.

ASÍS, Rafael de: “El encaje de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad en el Texto Refundido”, en ARENAS ESCRIBANO, Fernando / CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (Coordinadores): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, páginas 73-101.

¹⁵ Solo las Comunidades Autónomas de Castilla y León y Castilla-La Mancha han desarrollado alguna iniciativa legal que ha llevado consigo algunos tímidos elementos de convergencia. Véanse, a estos efectos, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad de Castilla y León, y la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad en Castilla-La Mancha.



ASÍS, Rafael de / BARRANCO AVILÉS, María del Carmen: *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, 2010.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *Elecciones Generales 2016. Documento de propuestas en materia de derechos, inclusión y bienestar de personas con discapacidad y sus familias para los programas electorales de las formaciones políticas*, Madrid, CERMI, 2016.

COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *30 años de LISMI: un recorrido de inclusión*, Madrid, CERMI, 2012.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS: “Documento de observaciones finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto periodo de sesiones del 19 al 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención” en *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Ediciones Cinca / CERMI, páginas 121-137.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” / UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*, Madrid, Fundación ONCE / CERMI, 2008.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael: “Concepto y alcance de la refundición de textos legislativos. El mandato de refundición en el caso del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre”, en ARENAS ESCRIBANO, Fernando / CABRA DE LUNA, Miguel Ángel (Coordinadores): *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, Madrid, La Ley, 2015, páginas 21-72.



LORENZO GARCÍA, Rafael de: “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 143-167.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: *Derechos Fundamentales y Discapacidad*, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI, 2015.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de previsión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 177-184.

PÉREZ BUENO, Luis Cayo: “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: Ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, Luis Cayo: *Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión*, páginas 49-64, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI, 2010.

SOLAR CAYÓN, José Ignacio / SÁNCHEZ MARTÍNEZ, María Olga: *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa*. Madrid, Dykinson, 2015.

VARIOS AUTORES (ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza; CABRA DE LUNA, Miguel Ángel; MOLINA FERNÁNDEZ, Carmen; GONZÁLEZ-BADÍA, Juan) : *Informe 2011. La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi / Fundación Derecho y Discapacidad, 2013.

PÁGINAS DE INTERNET DE REFERENCIA

Centro Español de Documentación sobre Discapacidad (CEDD) –
www.cedd.net



Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) –
www.cermi.es

Defensor del Pueblo de España – www.defensordelpueblo.es

Fundación Derecho y Discapacidad – www.fderechoydiscapacidad.es/

Fundación ONCE para la cooperación y la inclusión social de personas con
discapacidad – www.fundaciononce.es

Observatorio Estatal de la Discapacidad (OED) – [http://observatoriodeladis-
capacidad.info](http://observatoriodeladis-
capacidad.info)

Red Española de Información y Documentación sobre Discapacidad (REDID)–
www.redid.es

XI. BIBLIOGRAFÍA

Beatriz de Miguel Vijandi

Asesora Técnica. Consejo General de ONCE

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN –2. LIBROS Y ARTÍCULOS. 2.1. Sobre la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. 2.2. Sobre jurisprudencia. 2.3. Sobre derechos y discapacidad. 2.4. Sobre el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. 2.5. Referencias sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación. 2.6. Sobre capacidad jurídica, acceso a la justicia y defensa jurídica. 2.7. Sobre libertad, seguridad e integridad personal. 2.8. Sobre protección social, servicios sociales, sistema de prestaciones sociales y económicas. 2.9. Sobre protección de la salud, atención integral, habilitación y rehabilitación. 2.10. Sobre educación. 2.11. Sobre vida independiente, accesibilidad y ajustes razonables. 2.12. Sobre empleo. 2.13. Sobre diálogo civil, participación en los asuntos públicos, imagen social. 2.14. Sobre crisis, pobreza y discapacidad. 2.15. Sobre mujeres y discapacidad. 2.16. Sobre niños y niñas y discapacidad. 2.17. Sobre personas sordas. –3. NORMATIVA. –4. DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS. 4.1. Sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006-2016). 4.2. Informes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. 4.3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 4.4. Comité sobre los Derechos del Niño. 4.5. Informes Anuales de la Relatora Especial sobre Personas con Discapacidad. 4.6. Otros documentos y recursos.



1. INTRODUCCIÓN

A continuación se recoge una relación de recursos bibliográficos (que incluye estudios, artículos, informes, normativa y otros) relacionados con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹.

Esta relación de documentos no tiene pretensión de ser exhaustiva, sino que ofrece una referencia acerca de la realidad de la Convención.

Los criterios aplicados en la identificación de los documentos recogidos han sido los siguientes:

- a) En relación con el alcance, se incluyen aquellos documentos relacionados directamente con la Convención, o con la discapacidad en relación con la génesis, elaboración y/o aplicación de la Convención, principalmente de carácter nacional, aunque también se incluyen algunos de carácter internacional.
- b) Acerca de la naturaleza de la documentación incluida, principalmente se recogen libros, artículos, normativa, informes y otros documentos oficiales.
- c) Desde un punto de vista temporal, se incluyen documentos recientes, de publicación posterior a 2006.

2. LIBROS Y ARTÍCULOS

2.1. Sobre la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad

CABRA DE LUNA, M.A.; BARIFFI, F, y PALACIOS, A. (2007), *Derechos humanos de las personas con discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Madrid: Ramón Areces.

¹ Para su elaboración se ha contado con la colaboración especial de Lourdes Márquez y Beatriz Rabadán (Fundación ONCE), y de Javier Güemes y Beatriz Martínez (Consejo General de ONCE).



Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De Naciones Unidas: “Documento de observaciones finales a España del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto periodo de sesiones del 19 al 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención” en *Derechos Humanos y Discapacidad. Informe España 2011*, Madrid, Ediciones Cinca-CERMI.

COURTIS, C., (2007) “La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿ante un nuevo paradigma de protección?”, en *Memorias del Seminario Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Por una cultura de la implementación*, México.

CUENCA GÓMEZ, P. (ed.), (2010) (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid.

CUENCA GOMÉZ, P., (2012), “Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU”, *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá*, Madrid.

CUENCA GÓMEZ, P., (2013) “Cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, Nº11, pp. 17-40.

DE ASÍS, R., (2013), *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid 2013.

DE ASÍS, R., BARRANCO AVILÉS, M.C. (2010): *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006*, de 14 de diciembre, Madrid, Ediciones Cinca-CERMI.

DE LORENZO GARCÍA, R.,: “Panorámica del impacto de la Convención en los derechos de las personas con discapacidad en España”, en *Anales de*



Derecho y Discapacidad, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 143-167.

CERMI. INFORMES DERECHOS Y HUMANOS Y DISCAPACIDAD. *Informe España, elaborados por el CERMI, disponibles con carácter anual desde 2008 a 2015.*

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” / UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID (2008), *La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*. Madrid: Fundación ONCE-CERMI.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. (2015), “Derechos fundamentales y discapacidad”, *Colección Convención ONU*, nº 14. Madrid: Ediciones Cinca.

SAN JOSÉ GIL, A., (2007), “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13, pp. 1-26.

PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J., (2006) *El modelo de la diversidad, El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramienta para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, AIES, Madrid, pp. 15-25.

PALACIOS, A., (2008), *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección cermi.es, nº 36, Ediciones Cinca.

PALACIOS, A. Y BARIFFI, F., (2007), *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Colección Telefónica Accesible, nº 4, Ediciones Cinca.

PÉREZ BUENO, L.C. (2016): “Aportaciones para configurar un nuevo procedimiento de previsión de apoyos para la toma de decisiones a la luz de la



Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en *Anales de Derecho y Discapacidad*, número 1, septiembre 2016, año I, páginas 177-184.

PÉREZ BUENO, L.C. (2010): “La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: Ajustes necesarios”, en PÉREZ BUENO, L. C.: *Discapacidad, Derecho y políticas de inclusión*, páginas 49-64, Madrid, Ediciones Cinca/CERMI.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O. y SOLAR CAYÓN, J.I. (2015), *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en la legislación autonómica de Cantabria. Propuestas de reforma legislativa*, Dykinson: Madrid.

SAN JOSÉ, A., (2007) “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.

VARIOS AUTORES (ALCAÍN MARTÍNEZ, E.; CABRA DE LUNA, M.A.; MOLINA FERNÁNDEZ, C.; GONZÁLEZ-BADÍA, J.) (2013): *Informe 2011. La protección jurídica de las personas con discapacidad en España*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi / Fundación Derecho y Discapacidad.

VARIOS AUTORES (2014) ACTAS DEL CONGRESO, *La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Con Discapacidad. De los derechos a los hechos, organizado por la Fundación Derecho y Discapacidad y celebrado en Granada* en mayo 2014. Tirant Lo Blanch: Valencia.

2.2. Sobre jurisprudencia

GARCÍA LORENTE, J., “Aplicabilidad práctica de la Convención por la Administración de Justicia española”, *Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: aplicabilidad en el ámbito de la Administración de Justicia en España*. Colección: Cuadernos Digitales de Formación, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, nº 17, 2009.



ITURRI GÁRATE, J. C., (2015) “La discapacidad a la luz de la Convención y su recepción en las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Discapacidad y nuevas tecnologías. Colección: Cuadernos Digitales de Formación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, nº 38, 2015.

VARELA AUTRÁN, B., (2014) “Aplicación directa de la Convención sobre derechos de las personas discapacitadas. Comentario a la STSS, Sala 1ª. De 30 de junio y de 30 de septiembre de 2014”, en *Diario La Ley*, Nº 8440, Sección Columna, 12 de Diciembre de 2014, Año XXXV, Madrid: Editorial La Ley.

2.3. Sobre derechos y discapacidad

BIEL PORTERO, I., (2011) *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

CABRA DE LUNA, M. A., (2011) “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.

CABRA DE LUNA, M.A., (2003) “Una de las leyes más innovadoras de Europa”, en *Revista Perfiles*, núm. 193, Madrid, diciembre 2003.

CABRA DE LUNA, M.A. Y OTROS (2005): “Legislación sobre Discapacidad, Colección Códigos Básicos”, preparada por Esperanza Alcaín”, Madrid, Consejo General de la Abogacía Española, CERMI, THOMSON-Aranzadi, 2005.

CABRA DE LUNA, M.A. Y OTROS (2005): “Curso de Protección Jurídica de Personas con Discapacidad”, CD-Consejo General de la Abogacía.

CABRA DE LUNA, M.A. Y OTROS (2006): “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.



CAMPOY CERVERA, I. (2005) (ed.) *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid.

COMISIÓN EUROPEA, COM (2010) 636 final, Estrategia Europea sobre discapacidad 2010-2020. Un compromiso renovado para una Europa sin barreras, 2010.

DE LORENZO GARCIA R. y PÉREZ BUENO L. C., dirs., (2007), *Tratado sobre Discapacidad*, Editorial Aranzadi, Pamplona.

DE LORENZO GARCÍA, R., (2012), *Derecho y discapacidad. In Memoriam José Soto García-Camacho*, Colección cermi.es, nº 61, Madrid.

DE LORENZO GARCÍA, R. (2003). *El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad*. Informe al Club de Roma, Fundación ONCE, Madrid.

GARCÍA PONS, A. (2008), *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

LA ORDEN, J., (dir.), (2007), *Los derechos de las personas con discapacidad*. CGPJ, Madrid, tres volúmenes.

LIDÓN HERAS, L. (2008), *Derechos Humanos y Discapacidad en España. Informe de situación*. Fundación ONCE 2007, Cinca, Madrid.

MSSI (2014) Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

PÉREZ BUENO, L.C., dir. (2009), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje a Rafael de Lorenzo*, Editorial Aranzadi, Madrid.



PINDADO, F. (2015). *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales- los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales*. Madrid: CERMI-CINCA.

2.4. Sobre el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre

ARENAS ESCRIBANO, F., CABRA DE LUNA, M. A. (Coord.), (2015) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*. Madrid: La Ley.

ASÍS ROIG, R. de (2013), "Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad", *Papeles el Tiempo de los derechos*, Nº12-2013.

Boletín *Novedades. Laboral*, diciembre 2013. J&A Garrigues, S.L.P

MUÑOZ GARCÍA, C., (2014), "Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social", *Diario La Ley*, núm. 8821, enero 2014

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., (2013), "Nueva Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social": contenidos laborales", *Gestión de conocimiento. Noticias jurídicas*, diciembre 2013, Gómez-Acebo & Pombo.

2.5. Referencias sobre la igualdad de oportunidades y no discriminación

CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A., (coords.), (2007), *Igualdad No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Dykinson, Madrid.

PÉREZ BUENO, L.C. (dir), (2012), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Colección cermi.es, nº 55, Ediciones Cinca.



CABRA DE LUNA, M.A., (2012), “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*, n° 50.

2.6. Sobre capacidad jurídica, acceso a la justicia y defensa jurídica

ÁLVAREZ LATA, N. y SEOANE, J.A. (2010), “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Derecho privado y Constitución*, 24, 2010, pp. 11-66.

ÁLVAREZ RAMÍREZ, G., (2013), *Discapacidad y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Un cauce adicional de acceso a la justicia y una oportunidad para la inclusión*, Colección cermi.es, n° 64, 2013, Ediciones Cinca.

BARIFFI, F., (2014), *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los Ordenamientos jurídicos internos*, tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid.

BARIFFI, F., y PALACIOS, A., (coords.), (2010), *Capacidad Jurídica, Discapacidad y Derechos Humanos: una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediar, Buenos Aires,

CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., “*Acceso a la justicia*”, 2012.

CGPJ (2011), *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración de justicia, a la luz de la Convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*.



CUENCA GÓMEZ, P., (2012), “El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española”, *REDUR* 10, pp. 61-94.

CUENCA GÓMEZ, P., (2011) “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español”, *Derechos y Libertades*, 24, 2011.

DIAZ ALABART, S., (2012), “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”. *Revista de Derecho Privado*, 96 (1-2012), págs. 10 y ss, Madrid: Editorial EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas.

GANZENMÜLLER ROIG, C., SANTOS URBANEJA, F., LÓPEZ EBRI, G., FABREGA RUIZ, C., LOPEZ-MORA GONZALEZ, N., ALCÁNTARA BARBANY, F., MAYOR FERNANDEZ, D., DE LA BLANCA GARCÍA, A., (2010), “Manual de buenas prácticas de los servicios especializados del Ministerio Fiscal en la protección las personas con discapacidad y apoyos en la aplicación de la Convención de Nueva York sobre las personas con discapacidad”, “Cuadernos prácticos de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006”, Fundación Aequitas., disponible en http://www.fiscal.es/cs/Satellite?cid=1240559967837&language=es&pagename=PFiscal%2FPPage%2FFGE_buscadordocEspecialista.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS” (2012), Capacidad jurídica y discapacidad. Propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español al artículo 12 de la CDPD.

MANZANERO, A. L., RECIO, M., ALEMANY, A., Y CENDRA, J. (2013), *Atención a Víctimas con Discapacidad intelectual*, Madrid, Fundación Carmen Pardo-Valcarce.

PEREÑA VICENTE, M. (2016), “La Convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, vol. IV, núm. 26, 2010, pp. 69-78.



PÉREZ BUENO, L.C. y MORAL ORTEGA, O., (2007), “Discapacidad y Administración de Justicia” en LAORDEN, J., (dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Vol.1 Aspectos jurídicos, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 131 y 132.

REAL PATRONATO DISCAPACIDAD (2013), *Propuesta articulada de reforma del código civil y de la ley de enjuiciamiento civil para su adecuación al artículo 12 de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad*.

RECIO, M., ALEMANY, A., AND MANZANERO, A. L. (2012), “La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual. *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 43(3), pp. 54-68.

PÉREZ BUENO, L.C., (2009). “La capacidad jurídica y su revisión a la luz de la convención.: una visión desde el movimiento asociativo español”, artículo elaborado a partir de los materiales preparados para la intervención del autor en el *II Encuentro Interamericano sobre Discapacidad, Familia y Comunidad*, organizado por la Asociación AMAR, en Buenos Aires, República Argentina, los días 7 y 8 de noviembre de 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., (2009), “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 335- 368.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., (2009), “La Capacidad Jurídica y la Capacidad de Obrar. El artículo 12 de la Convención, sus implicaciones en el derecho privado español” en la obra BARIFFI, F. y PALACIOS A. (comps.) *Capacidad Jurídica y Discapacidad*, Cuaderno de Trabajo nº 7 ESPAÑA, Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Aprobada, Cáceres, 2009.



PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., (2009) “Comentario a la sentencia de 29 de abril de 2009”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 82, enero-abril 2010, pp. 317-350.

ROVIRA SUEIRO, E. (2006), *La relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Ed. Ramón Areces, Madrid.

VARIOS AUTORES (2012), *Discapacidad, justicia y Estado, Acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires.

2.7. Sobre libertad, seguridad e integridad personal

MUÑOZ ESCANDELL, I. y SÁNCHEZ MONGE, J.M., (2014), “El actual proyecto de reforma del Código Penal: una nueva forma de discriminación contra las personas con trastornos mentales”, *Revista del Consejo General de la Abogacía*, 85, pp. 46-50.

ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., (2012 a), *Enfermedad mental y derecho penal: una realidad manifiestamente mejorable*, Consejo General de la Abogacía Española.

ORTIZ GONZÁLEZ, A.L., (2012 b), *Compatibilidades e Incompatibilidades entre la Convención y la legislación penal española*, ponencia presentada en las II Jornadas de la Unidad de Atención a Víctimas con Discapacidad Intelectual de la Fundación Carmen Pardo Valcarce.

2.8. Sobre protección social, servicios sociales, sistema de prestaciones sociales y económicas

BAYARRI I CATALAN, V. Y FILLAT DELGADO, Y., (2011), *Derechos y Servicios Sociales. Por un Sistema de Servicios Sociales universal, garantista y de calidad: un derecho básico para la igualdad y el desarrollo humano*, Colección *cermi.es*, nº 49, Ediciones Cinca.



CABRA DE LUNA, M.A. y PANIZO ROBLES, J.A., (2014), *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*, Colección cermi.es, Cinca, Madrid

IMSERSO (2013) *Guía de Prestaciones en España 2013. Para Personas Mayores, Personas con Discapacidad Y Personas en situación de Dependencia. Recursos Estatales y Autonómicos*. IMSERSO. M° de Sanidad y Asuntos Sociales.

PÉREZ BUENO, L.C. (dir). (2012), *Hacia unos servicios sociales de calidad adecuados a las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad*, Colección Inclusión y Diversidad, nº 11, Ediciones Cinca.

2.9. Sobre protección de la salud, atención integral, habilitación y rehabilitación

FUNDACIÓN ECONOMÍA Y SALUD (2013) *Evolucionando hacia un modelo sociosanitario de salud. Iniciativas para avanzar en el recorrido*.

FUNDACIÓN SANITAS, (2012), “*Guía de Buenas prácticas en el acceso y atención de las personas con discapacidad en el sector sanitario privado español*”.

JIMÉNEZ LARA, A., (2010) “*Salud pública y discapacidad. Planteamientos y propuestas del sector social de la discapacidad articulado en torno al CERMI ante la futura Ley estatal de Salud Pública*”, Colección cermi.es, nº 44, Ediciones Cinca.

2.10. Sobre educación

ALONSO PARREÑO, M.J. Y DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I. (2011), *Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la legislación educativa española*, Colección Convención ONU, nº 6, CERMI-CINCA,



GONZÁLEZ-BADÍA FRAGA, J. Y MOLINA FERNANDEZ, C., (2012), Universidad y Discapacidad: *Apuntes sobre la financiación de los servicios y programas de atención a las personas con discapacidad en las Universidades Públicas españolas*, Fundación ONCE.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”, (2011), *Informe sobre la educación inclusiva en España*

RUBIRALTA I ALCANIZ, M. (2011), *Las políticas sobre la discapacidad en el sistema universitario español*, Madrid: Ministerio de Educación.

VERDUGO, M.A. (2011), Implicaciones de la Convención de la ONU en la educación de los alumnos con discapacidad, en Participación educativa, N°. 18, 2011 (Ejemplar dedicado a: Educación inclusiva: todos iguales, todos diferentes), págs. 25-34.

2.11. Sobre vida independiente, accesibilidad y ajustes razonables

ASÍS ROIG, R. de y otros, (2007), *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid.

DE LA FUENTE ROBLES y HERNÁNDEZ-GALÁN, J. (2014): “La Accesibilidad Universal y el Diseño para todos desde la perspectiva de género”. *Revista Española de Discapacidad*, 2 (1), pp. 115-129.

GALVÁN PUENTE, S. (2015), *La realización progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidas en la sociedad*. Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Fascículo 3). Comisión de Derechos Humanos: México.

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”, (2010) *Informe sobre el Impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*.



MIRANDA, J. (2016). *La accesibilidad universal y su gestión como elementos imprescindibles para el ejercicio de los derechos fundamentales*. Madrid: CERMI-CINCA.

2.12. Sobre empleo

PÉREZ BUENO, L.C., (dir), (2013), “*Manual para la negociación colectiva inclusiva en materia de discapacidad*”, Colección Inclusión y Diversidad, nº 13, Editorial Cinca.

2.13. Sobre diálogo civil, participación en los asuntos públicos, imagen social.

DIAZ ALABART, S., “El derecho de sufragio de las personas con discapacidad. La visión civilista”. *Revista de Derecho Privado*, 96 (1-2012), págs. 10 y ss, Madrid: Editorial EDERSA, Editoriales de Derecho Reunidas

LEDESMA, J.A., ed., (2008), *La imagen social de las personas con discapacidad. Estudios en homenaje a José Julián Barriga Bravo*, Colección cermi.es, nº 35, Cinca, Madrid.

LIDON, L. (2012), “*La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿Por qué una toma de conciencia? Una propuesta para los medios de comunicación*”, Fundación Ramón Areces-Fundación Aequitas, Madrid.

REDI, Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad, (2011), “*El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad como instrumento para la participación social*”

2.14. Sobre crisis, pobreza y discapacidad

MARTÍNEZ RÍOS, B., (2011), *Pobreza, Discapacidad y Derechos Humanos. Aproximación a los costes extraordinarios de la discapacidad y su contribución a la pobreza desde un enfoque basado en los derechos humanos*, Colección Convenció ONU, nº 4, Cinca, Madrid.



VARIOS AUTORES, (2009) *El impacto de la crisis económica en las personas con discapacidad y sus familias*. Colección cermi.es, nº43, Cinca, Madrid.

2.15. Sobre mujeres y discapacidad

AGUIRRE, P. TORRES, M. (dirs.) (2013). *Mujer, discapacidad y violencia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2014). *Debate General sobre mujeres y niñas con discapacidad*. Madrid: ONCE y Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.

CÓZAR GUTIÉRREZ, M. A. (coord.) (2012), *Mujeres con discapacidad en la historia. Biografías*. Sevilla: Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Junta de Andalucía.

PELÁEZ, A. y VILLARINO, P. (dir.) (2013) Libro nº 4. La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad- Manual Volumen II.

PELÁEZ, A. y VILLARINO, P. (dir.) (2013) Libro nº 3. El reflejo de la mujer en el espejo de la discapacidad.

PELÁEZ, A. y VILLARINO, P. (dir.) (2013) Libro nº2. Pobreza y exclusión social de las mujeres con discapacidad en España.

PELÁEZ, A. y VILLARINO, P. (dir.) (2013) Libro nº1. II Plan Integral de Acción de Mujeres con Discapacidad 2013-2016.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, OED, (2015). *Estudio sobre la Inclusión Social de las Mujeres con Discapacidad en España*.



2.16. Sobre niños y niñas y discapacidad

ALONSO PARREÑO, M.J., (2011), *Propuestas de mejora del marco normativo de los menores con discapacidad en España*, Colección Convención ONU, nº 7, Cinca, Madrid.

ALONSO PARREÑO, M.J., (2009), *Los derechos del niño con discapacidad en España*, Colección cermi.es nº 38, Cinca, Madrid.

CABALLERO PÉREZ, Interseccionalidad. *La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad - Manual volumen II*. CERMI. Ediciones CINCA, Madrid, 2013.

CIAP/UNED (2008), *Los menores con discapacidad en España*, Colección cermi.es, nº 37, Cinca, Madrid.

FERREIROS, C., (2012), “*La protección de los niños y niñas con discapacidad*”.

2.17. Sobre personas sordas

ASÍS ROIG, R., BARRANCO AVILÉS, M.C, PALACIOS, A., (coords.) (2013), *Personas sordas y derechos humanos. Una mirada desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección Ciencias Políticas y Derechos Fundamentales del Centro de Investigación y Docencia “Alicia Moreau”, Universidad Nacional de Mar del Plata.

BELDA, E., (2012), *La protección constitucional y legal de la lengua de signos*, Lex Nova, Madrid.

CUENCA GÓMEZ, P., (ed.), (2012) *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Dykinson, Madrid.



3. NORMATIVA

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Protocolo Opcional de Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008)

Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 («BOE» núm. 97, de 22 de abril de 2008)

Ley 26/2011 de adaptación normativa da la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad («BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2011)

Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad («BOE» núm. 224, de 17 de septiembre de 2011)

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social («BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013).

Decisión del Consejo 2010/48/CE, 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 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2010:023:FULL&from=ES>

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. 2010/C 340/08.

Informe sobre la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) por la Unión Europea SWD(2014)182 final de 5.6.2014.

COM(2010) 636 final, 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: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401271644100&uri=CELEX:52010DC0636>

Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401876783757&uri=CELEX:32000L0078>

COM(2008) 426 final. Propuesta de Directiva del Consejo 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 {SEC(2008) 2180} {SEC(2008) 2181}. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1401876828789&uri=CELEX:52008PC0426>

Propuesta de DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros por lo que se refiere a los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, de 2.12.2015 COM(2015) 615 final

4. DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS

4.1. Sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006-2016)

ONU (2007): *De la Exclusión a la Igualdad. Hacia el Pleno ejercicio de las Personas con Discapacidad. Manual para Parlamentarios sobre los De-*



rechos de las Personas con Discapacidad. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos.

ONU (2010): *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guidance for human rights monitors. Professional training series No. 17*. Nueva York y Ginebra.

ONU (2014): *The Convention on the Rights of Persons with Disabilities Training Guide. Professional Training Series No. 19*. Nueva York y Ginebra.

Asamblea General. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/10/48)

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Unión Interparlamentaria. *De la exclusión a la igualdad: Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios*. Ginebra, Naciones Unidas, 2007. (Serie de Capacitación Profesional N° 14)

Documentos relativos al proceso de elaboración de la CIDPD: disponibles todos ellos desde la dirección <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhocom.htm>.

4.2. Informes del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Informe sobre las actividades realizadas para apoyar las iniciativas de los Estados encaminadas a promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad en sus leyes, políticas y programas nacionales. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (A/HRC/26/24).

Informe sobre las Iniciativas tomadas para la toma de conciencia y promoción de la protección de los Derechos de las Personas con Albinismo (A/HRC/24/57)



4.3. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016). *Comentario General N° 3. Artículo 6: Mujeres con Discapacidad.*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016). *Comentario General N° 4. Artículo 24: Derecho a la Educación Inclusiva*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). *Comentario General N° 1. Artículo 12: Igual Reconocimiento ante la Ley*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). *Comentario General N° 2. Artículo 9: Accesibilidad*

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2011), Observaciones finales sobre el informe inicial presentado por España

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2010), Informe inicial de España (CRPD/C/ESP/1). Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención.

Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De Naciones Unidas (2011): Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD/C/ESP/CO/1). Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención.

Reglamento del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>

4.4. Comité sobre los Derechos del Niño

Comité sobre los Derechos del Niño (CRC) (2007): Los Derechos de los Niños con Discapacidad. Observación General N°9. (CRC/C/GC/9). ONU. Ginebra.



4.5. Informes Anuales de la Relatora Especial sobre Personas con Discapacidad

Informe sobre el derecho de las personas con discapacidad a participar en la toma de decisiones (A/HRC/31/62).

Informe sobre el Derecho a la Protección Social de las Personas con Discapacidad (A/70/297).

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad (A/HRC/4/75)

En la actualidad preparando un estudio sobre políticas inclusivas sobre discapacidad que será presentado en la 71 Sesión de la Asamblea General (Octubre 2016)

4.6. Otros documentos y recursos

Estudio temático sobre los derechos de las personas con discapacidad en virtud del artículo 11 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, relativo a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (A/HRC/1/30).

Estudio Temático sobre el Derecho de las Personas con Discapacidad a vivir de manera independiente y a ser incluidas en la Comunidad (A/HRC/28/37).

Estudio Temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la Educación (A/HRC/25/29)

Estudio Temático sobre el trabajo y el empleo de las personas con discapacidad (A/HRC/22/25)



Estudio temático sobre la cuestión de la violencia contra las mujeres y las niñas y la discapacidad (A/HRC/20/5)

Estudio temático sobre la participación política y la vida pública de las personas con discapacidad (A/HRC/19/36)

Estudio sobre la cooperación internacional para apoyar los esfuerzos nacionales en la realización de los propósitos y objetivos de la CRPD (A/HRC/16/38)

Estudio sobre el papel de los mecanismos nacionales para la implementación de la CRPD (A/HRC/13/29)

Estudio sobre las medidas legales clave para la ratificación e implementación de la CRPD (A/HRC/10/48)

Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, disponible en español en http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc.

Folleto informativo nº 15, Derechos humanos, Derechos civiles y políticos. El Comité de Derechos Humanos, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15Rev.1sp.pdf>

Informe de consulta “Key legal measures for the ratification and implementation of the convention on the rights of persons with disabilities”, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disability/Pages/Contributions.aspx>.

Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre los progresos alcanzados en la aplicación de las recomendaciones contenidas en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad”, A/HRC/7/61par. 45, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/7session/reports.htm>.



“Manual para parlamentarios sobre la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo”, redactado conjuntamente por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Unión Interparlamentaria, disponible en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?navid=42&pid=1410>.

“Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Guidance for Humans Rights Monitoring”, elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Disabilities_training_17EN.pdf.

Enlace a la Relatora Especial sobre Discapacidad: <http://www.un.org/esa/soc-dev/enable/rapporteur.htm>

Enlace a la Relatora Especial sobre Educación: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Education/SREducation/Pages/SREducationIndex.aspx>

Enlace al Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx>

Enlace al estado de reporte de España sobre la Convención: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=ESP&Lang=EN

Enlace a los Informes de Observaciones Finales del Comité Sobre Los Derechos De Las Personas Con Discapacidad De Naciones Unidas: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=5

Enlace a los Informes de los Estados Parte sobre la Aplicación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Informes iniciales presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 35 de la Convención : http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=29

