

La protección de los derechos -humanos- de las personas con discapacidad y la reforma social

Elena García-Cuevas Roque

Académica Correspondiente de la Sección de Derecho de la RADE

garciaquevaselena@gmail.com

Incrementar y reforzar la transparencia en las actividades y acciones públicas, así como establecer las obligaciones de buen gobierno por parte de los responsables públicos, son los principales objetivos de la Ley 19/2013, siguiendo el ejemplo de la Unión Europea y la mayoría de sus Estados miembros, los cuales cuentan ya, desde hace tiempo, en sus ordenamientos jurídicos con una legislación específica y desarrollo de poderosas políticas sociales que reconocen los derechos de las personas con discapacidad. Las estrategias previstas en esta línea se extienden a diferentes áreas: igualdad de oportunidades, participación e integración, accesibilidad universal, “vida independiente”, educación, empleo, abusos y violencia, protección social y jurídica, información, etc.

Serán las políticas públicas, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el art. 49 CE, las que, principalmente y de manera deliberada, contribuyan y determinen el goce de una serie muy amplia de derechos por parte de las personas con “capacidades diferenciadas”. El objetivo primordial debe ser apuntar hacia políticas sociales y educativas visibles, transparentes y específicas que permitan salvaguardar la vigencia de los imperativos constitucionales. La jurisprudencia constitucional ha contribuido a reforzar la transparencia en las políticas de previsión, integración y amparo de las personas con alguna discapacidad, realizando una interpretación de dicho precepto desde una perspectiva de Derechos Humanos.

La protección de la persona discapacitada ha ido evolucionando con el paso del tiempo hacia una política de “integración social”, (hoy hablamos de inclusión social) como discapacidad de la sociedad; en este sentido, apuntan las políticas públicas, centradas, desde hace ya décadas, en la igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos.

En los documentos o instrumentos internacionales sobre los derechos de los discapacitados, que escasamente vamos a alcanzar a mencionar, se recoge la discapacidad entre las circunstancias de “discriminación prohibida”, ya que está en juego la propia dignidad y libertad del discapacitado, pero también “el respeto propio -y de los demás- y su integridad

como sujeto autónomo de derechos”, tal y como nos ilustra Rodríguez-Piñero, Presidente Emérito del Tribunal Constitucional; estas afirmaciones tendrán un reflejo en la autonomía y determinación que “debe permitir al discapacitado adoptar decisiones sobre el propio curso vital”; es decir, posibilitar el libre desarrollo de la personalidad también de las personas con discapacidad. En efecto, el hecho de contemplar los derechos de los discapacitados desde esos valores de igualdad, dignidad humana y autonomía personal y su evolución, así como el desarrollo legislativo y la jurisprudencia constitucional, -en particular en estos últimos años-, y también la jurisprudencia ordinaria, son factores que han permitido “confirmar la integración de la discapacidad en los motivos de discriminación vedados del art. 14 CE...”. La finalidad y contenido del art. 49.1 CE es garantizar todo ello, impulsando una nueva lectura del mismo.

La puesta en práctica de dicho precepto le ha proporcionado una gran relevancia jurídica, ya que “particulariza en un colectivo especialmente necesitado de protección y tutela, el genérico deber de los poderes públicos de garantizar una igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos”, (como nos recuerda de la Puebla Pinilla), lo que nos lleva a hablar de unos principios generales “específicos” que debería recoger nuestro art. 49 CE.

Protección Internacional

En el ámbito internacional, existe una gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social; en concreto, el Consejo de Europa y la Unión Europea, así como la Organización de Naciones Unidas (ONU), han trabajado, y se siguen esforzando, en la preparación de documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

A nivel internacional, el Convenio sobre la Readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas nº. 159 (1983) de la OIT, trata de asegurar la plena participación y la igualdad de las personas “inválidas”, asegurando su integración social, plena participación e igualdad de oportunidades de trato con los demás trabajadores, contemplando medidas de “acción positiva” (igualdad de oportunidades), lo que obliga a la sociedad a “readaptarse” para facilitar el empleo de estas personas. Se destaca una consideración “social” de la discapacidad reconocida por la normativa internacional de derechos humanos y de la Unión Europea y, por supuesto, por la jurisprudencia constitucional. Todas estas ideas quedaron reflejadas en la Estrategia Europea de Empleo.

En la órbita del Consejo de Europa, la Carta Social Europea revisada¹, en su art. 15 contempla el “*Derecho de las personas discapacitadas a la autonomía, a la integración social*”

¹ Confeccionada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, la cual actualiza el contenido de la Carta de 1961. La plena adhesión de España a la Carta Social Europea revisada, calificada por la actual ministra de Trabajo como “auténtica Constitución” de derechos sociales en Europa y como una “Carta a la esperanza”, no se ha producido todavía; el Gobierno -de coalición- español ya ha acordado, en este mes de noviembre, remitir la ratificación al Congreso de los diputados. Con anterioridad quedó sin la ratificación del Congreso, al adelantarse el fin de la legislatura.

y a la participación en la vida de la comunidad”, en términos muy precisos, a través de una serie de medidas bien definidas.

En el ámbito de la Unión Europea hallamos la Directiva 2000/78 CE, de 27 de noviembre, que también acoge la discapacidad como factor específico de discriminación, así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de gran belleza al incluir en distintos títulos la dignidad, las libertades, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía y la justicia. En su art. 26, subraya la integración de las personas discapacitadas: *“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”*.

Pero, no podemos dejar a un lado a la Organización de las Naciones Unidas. Esta especial sensibilidad con el tema que nos ocupa se ha venido detectando en la última década y, en concreto, ha contado con gran respaldo en el ámbito de las Naciones Unidas. Pero el documento que verdaderamente ha llevado a una nueva lectura de nuestro art. 49, y a una propuesta de reforma del mismo, por ir más lejos que la Directiva 2000, y, por ende, más allá que los derechos de empleo, fue la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, donde queda patente la idea de que la discapacidad es un tema de “derechos humanos”, (afirmación que recogerá nuestro Tribunal Constitucional), y los discapacitados sujetos de tales derechos y no meros objetos de políticas sociales. Su propósito 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” (art. 1); para lograrlo, se adoptarán las medidas pertinentes que permitan asegurar la realización de “ajustes razonables”, es decir, adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada o indebida. Esta Convención fue ratificada por España (en 2008) y la Unión Europea, encontrándose bajo el paraguas del art. 10,2 CE: el art. 49 ha de ser interpretado a la luz de dicha Convención.

El desarrollo legal de nuestro art. 49, así como la adaptación a la Directiva 2000/78 y a la Convención de las Naciones Unidas, dieron lugar a una serie de leyes (sobre todo de 2007) que han sido refundidas en el RD 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 (LGDPD) y su inclusión social. Es menester, en este punto, traer a colación la Estrategia española sobre Discapacidad 2014-2020; para la aplicación de la LGDPD se estableció el Plan de Acción de la Estrategia española, con cuatro ejes principales: igualdad para todas las personas, empleo, educación, accesibilidad y dinamización de la economía. También en el ámbito autonómico existe amplia normativa.

Aportaciones de la jurisprudencia constitucional

Llegados a este punto es de gran relevancia la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el particular. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha declarado que el principio de no discriminación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye, en su cláusula final, también a los discapacitados como personas particularmente

vulnerables (STEDH, 30 abril de 2010, Asunto *Glor* contra Suiza). Esta doctrina del TEDH, así como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha sido tenido en cuenta por nuestro Tribunal Constitucional.

Éste ha analizado el alcance, cada vez mayor, del art. 49, con una gran delicadeza, desde “una perspectiva de derechos humanos”, conectándolo con otros preceptos y teniendo siempre muy presente la Convención de las Naciones Unidas. En líneas generales, el Tribunal Constitucional corrobora la conexión del art. 49 con el mandato de tratamiento igual y no discriminatorio de las personas con discapacidad. Con las últimas sentencias, se confirma la gran trascendencia que ha adquirido, con el paso del tiempo, el mandato del art. 49 CE.

Junto a la reciente STC 3/2018, 22 enero, donde reitera el Tribunal la conexión del art. 14 con los arts. 9.2 y 49, e invoca el art. 10.2 CE (interpretación a la luz de la Convención y la prescripción de los “ajustes razonables”) y, por supuesto, el Texto refundido de la LGDPD, hallamos otras de gran interés; asimismo, la discriminación puede afectar a más de un derecho fundamental, produciéndose, en estos casos, una “discriminación múltiple”. Este concepto puede hallarse en la Convención de las Naciones Unidas, en su Preámbulo y en su art. 6, donde se observa la preocupación por la situación en que se encuentran los discapacitados en cuanto víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por distintos motivos (raza, sexo, religión...), haciendo especial referencia a las mujeres y niñas con discapacidad; el art. 7.4 LGDPD recoge esta protección de personas especialmente vulnerables.

En la STC 269/1994, de 3 octubre destaca una medida de “acción positiva”, consistente en la reserva de empleo: “es claro que la reserva porcentual de plazas en una oferta de empleo, destinadas a un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo (en este caso, en la Comunidad Autónoma de Canarias), no vulnera el art. 14 CE, [antes bien, todo lo contrario], constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado”. El Tribunal Constitucional tiene aquí en cuenta las precisiones del Convenio 159 OIT. Queda legitimada la adopción de estas medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas [...] discapacitadas, [ya que] tienden a procurar la igualdad sustancial de [estas personas] que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”.

Por su parte, la STC 208/2013, 16 diciembre, hace referencia a la libertad de expresión en un supuesto de humillación y burla en los medios de comunicación de un discapacitado y “ha justificado la limitación de ese derecho para proteger el derecho al honor, a la propia imagen y el respeto a la dignidad de la persona con discapacidad”. En su decisión, el Tribunal tuvo en cuenta el disfrute de los derechos constitucionales por parte de las personas con discapacidad.

A su vez, la STC 10/2014, 27 enero, relativa al derecho a la educación e integración de discapacitados en centros educativos especiales, el Tribunal se centra en el derecho a la educación de un menor que requería una escolarización especial o diferenciada, ya que, de otro modo, hubiera sido perjudicial para el menor. Ello no vulnera otros preceptos de la CE (arts. 27 y 14), pues la Convención de las Naciones Unidas, como se ha visto, pone de relieve los términos “ajustes razonables” en función de las necesidades individuales.

Por último, la STC 18/2017, 2 febrero, confirma de nuevo las medidas de “acción positiva”: facilidades para el estacionamiento de vehículos y reserva de empleo; se justifica la competencia estatal en materia de tarjetas de estacionamiento en favor de las personas con discapacidad por razones obvias: las dificultades de desplazamiento, invocando los arts. 9.2 y 49 CE. De este modo, mantiene un doble mandato constitucional (general -art. 9.2- y específico -art. 49-), destinados a facilitar el goce efectivo de derechos y libertades a las personas con discapacidad. En efecto, una de las fórmulas más eficaces para hacer efectivos los derechos de los discapacitados es la adopción de medidas de “discriminación positiva” (contemplado también de forma implícita en la Convención de las Naciones Unidas, donde hallamos esa fórmula de los “ajustes razonables”, y en el RD Legislativo 1/2013 de 29 -art. 2-).

Propuesta de reforma social de la constitución

A la vista de lo expuesto se ha planteado una propuesta de “reforma social” de nuestro art. 49, precepto que cuenta con el claro precedente de la Constitución portuguesa de 1976, dentro de los derechos y deberes sociales, cuyo art. 71 se encuadra bajo el rótulo “Ciudadanos discapacitados”, expresiones mucho más acertadas que el término “disminuidos” que utiliza nuestra Carta Magna.

Efectivamente, la terminología que emplea el art. 49 CE, “disminuidos”, se considera a todas luces obsoleta, teniendo en cuenta el uso, en las últimas décadas, de otros conceptos (diversidad funcional, discapacidad, “vida independiente”,...), con la pretensión de eliminar la negatividad en la definición del colectivo. Pero lo más relevante es que este precepto incluye “una protección jurídica desde un enfoque de derechos”, “social” y no una visión meramente médica del tratamiento de la discapacidad.

Se ha confirmado que nuestro art. 49 recibe influencias de la Carta Social Europea, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas allí indicadas, si bien nuestra Constitución se aparta en algunos aspectos de aquella Carta; entre otras razones, porque en nuestra Constitución la protección del discapacitado no se encuentra entre los derechos fundamentales en el capítulo “derechos y deberes”, sino entre los principios rectores de la política social y económica. Por lo tanto, las garantías y protección de este principio se sitúan en un nivel inferior, dejando a las políticas públicas (poderes públicos) la tarea de atención a estos ciudadanos discapacitados, a través de una acción pública que se corresponde con los fines sociales del Estado. Lo cierto es que, con la actual redacción de nuestro art. 49 CE, no se contemplan plenamente las directrices y principios rectores de la política a desarrollar en relación con las personas con discapacidad, como ya destacó Alcaín Martínez en un Seminario organizado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en octubre de 2018.

Y se ha puesto de relieve por la doctrina científica en el ámbito constitucional el último inciso del art. 49, que no hallamos en la Carta Social Europea:

...y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título (I) otorga a todos los ciudadanos” , lo que no puede dejar de vincularse con el art. 9.2 CE (efectiva participación de todos los sujetos...), y con el 14 CE (no discriminación, ya mencionado,

precepto cuya vulneración sí puede ser objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²); pero también tiene otras concordancias o vinculaciones: con el art. 43 CE (protección de la salud), 40. 2 (política de formación y readaptación profesionales), y con el art. 41 (régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos).

Las expresiones “amparar especialmente” equivalen a una protección especial; así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional (STC 208/2013, 16 diciembre); no obstante, esta referencia al “amparo” difícilmente enlaza con el dictado de la Convención de las Naciones Unidas.

Como ya indica el Tribunal Constitucional (STC 3/2018)³, este precepto “requiere un necesario desarrollo para hacer efectivo e, incluso, justiciable ese derecho” del discapacitado a la autonomía personal, a la integración social y profesional, así como a la plena participación en la vida de la comunidad. Como se predicaba de la Convención de las Naciones Unidas, afecta transversalmente a todos los ámbitos del ordenamiento.

Sin duda, con el paso de los años, se ha visto que este precepto (49) y su puesta en práctica ha adquirido una gran relevancia: va más allá de una declaración programática. Los poderes públicos -el Estado- se comprometen a actuar en los ámbitos familiar, social, laboral, cultural y económico. Dependerá de cada Gobierno el que estos derechos -sociales y económicos- y principios sean una auténtica realidad y no una mera declaración programática. A ello contribuye el art. 53.3 CE (garantías de las libertades y derechos): estos principios vinculan directamente y no se pueden violar. Es lo que ha ocurrido con la protección del discapacitado.

En consecuencia, y como nos recuerda Rodríguez-Piñero, se puede hablar de “un reconocimiento constitucional de derechos de las personas con discapacidad”, llegando incluso a servir de base de un llamado “Derecho de la Discapacidad”: el art. 49 CE, implica reconocer un derecho de ciudadanía igual para las personas con discapacidad, tanto en sus derechos cívicos como en sus derechos sociales (aunque ese derecho no goce de la protección reforzada del art. 53.1 CE), salvo cuando afecte a alguno de los derechos de la Sección primera, Capítulo segundo del Título I, o al principio de igualdad.

Todo ello, ha llevado a la necesidad de adaptar nuestro art. 49 CE a la realidad actual, y recoger, igualmente, el respetable sentimiento de las personas con discapacidad; sería la primera “reforma social” de nuestra Constitución, de gran transcendencia, coincidiendo, en el momento de la propuesta, con el cuarenta aniversario de nuestro texto de 1978: una reforma más acorde con el modelo social -y de derechos- que se acaba de describir; dicha propuesta “inscribe a las personas con discapacidad en un enfoque exigente de derechos” y

² “El art. 49, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados” (STC 10/2014, de 27 enero).

³ Esta sentencia conoció de un caso de exclusión de un programa individual de atención a una persona de 67 años con discapacidad intelectual, por tener más de 60 años, en aplicación de una Orden de 1997. En esta sentencia confluyen dos criterios vedados de discriminación (“discriminación múltiple”): la discapacidad psíquica y la edad. Aunque en la demanda se insistió más en el criterio de la edad, el Tribunal Constitucional fue muy sensible con el tema de la discapacidad; le dedica un fundamento completo.

aborda el cambio de terminología, consagrando constitucionalmente la expresión “personas con discapacidad”, como “corresponde según los compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por España, y tal y como venía reclamando la representación <<abrumadora>> de la sociedad civil organizada en torno a la discapacidad”⁴. En definitiva, se plantea una reforma que perdure en el tiempo.

El nuevo texto propuesto para el art. 49 CE recoge un conjunto de principios específicos (a la luz de la Convención de las Naciones Unidas) a través de cuatro apartados, cada uno de los cuales refleja una dimensión diferente de la protección de las personas con discapacidad:

1. *“Las personas con discapacidad son titulares de los derechos y deberes previstos en este título en condiciones de igualdad real y efectiva, sin que pueda producirse discriminación”.*
2. *“Los poderes públicos realizarán las políticas necesarias para garantizar la plena autonomía personal e inclusión social de las personas con discapacidad. Estas políticas respetarán su libertad de elección y preferencias, y serán adoptadas con la participación de las organizaciones representativas de personas con discapacidad. Se atenderán particularmente las necesidades específicas de las mujeres y niñas con discapacidad”.*
3. *“Se regulará la protección reforzada de las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos y deberes”.*
4. *“Las personas con discapacidad gozan de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.*

Con este último inciso está aludiendo a la Convención de las Naciones Unidas, referencia que hasta ahora no existía; en efecto, hoy por hoy, y mientras no culmine el proceso de reforma del precepto, se aprecia una desconexión entre éste y los principios inspiradores de la Convención, lo que se deja sentir en las políticas públicas sobre esta materia.

Las críticas hacia la expresión “disminuidos” han sido recurrentes. Por este motivo, y en aras de un trato digno hacia este colectivo, en la propuesta de reforma -integral- del art. 49 CE se suprime la misma, para dar paso a los vocablos empleados en los documentos e instrumentos internacionales referenciados en páginas anteriores: “personas con discapacidad”. Es de vital importancia que el texto constitucional recoja esta terminología más adecuada, la cual será tenida en cuenta por las demás normas.

⁴ En este sentido, el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), entidad que fue escuchada en los trabajos de confección de la iniciativa por medio de consultas y diálogo intenso con el Parlamento y el Ejecutivo, recibió esta propuesta de reforma como algo positivo y como un punto de partida, aunque podrá mejorarse, con matizaciones y ampliaciones de redacción. La Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso trabajaron en ello durante los meses de noviembre y diciembre de 2018. A principios de diciembre de 2018, se aprueba el Anteproyecto de reforma del art. 49 CE. La tramitación se vio paralizada tras la convocatoria de elecciones generales (abril de 2019). En el pasado mes de septiembre, el Consejo de Ministros aprobó el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado 2020, dentro del cual se incluye este proyecto de reforma constitucional. Dicha planificación se ha visto alterada por la situación sanitaria, económica y social provocada por el COVID-19.

Pero el cambio va más allá de la terminología; como puede observarse en la nueva redacción propuesta, se pretende reformar la propia estructura del artículo, transformando igualmente el espíritu o visión anterior meramente asistencial o médica (tratamiento, rehabilitación, atención especializada...), que no encuentra ya encaje en la Convención, incluyendo, ahora, el concepto de “autonomía personal”.

De este modo, llegará a ser una realidad la meta de garantizar una vida participativa, autónoma e independiente a las personas con discapacidad. La acertada participación y cooperación de las organizaciones representativas de estas personas permitirá introducir mejoras en la adopción de las políticas públicas -sociales- que les afecten. Asimismo, se nos antoja muy loable el hecho de realizar una alusión expresa a la situación de especial vulnerabilidad de las mujeres y niñas con discapacidad y la atención específica de sus necesidades, siguiendo, una vez más, lo dispuesto en los textos internacionales. Como ciudadanos libres e iguales, serán titulares de los derechos y deberes previstos en el título I de nuestra Constitución, -contemplándose una protección reforzada a tal fin-, sin que pueda producirse discriminación. Frente a la redacción actual del art. 49 CE, jurídicamente insuficiente por las razones esgrimidas líneas atrás, el nuevo texto propuesto para el citado precepto queda más ajustado y alineado con la visión actual de la discapacidad como una “cuestión de derechos humanos”.

La reforma debe llevarse a cabo por el procedimiento simple u ordinario (art. 167 CE), pues el procedimiento agravado del art. 168 CE se reserva para la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II. En este caso, el art. 49 se ubica entre los principios rectores de la política social y económica (Capítulo tercero del Título I) y, por ende, fuera de estos supuestos. No obstante, la cuestión no queda aquí; en los últimos años, se han oído voces en relación con la necesidad de revalorizar la normatividad misma del Capítulo tercero, y, desde este enfoque, el procedimiento para llevar a cabo esta “reforma integral” debiera ser el agravado del art. 168 CE, al ser este último procedimiento el que permite legitimar democráticamente por el pueblo español un cambio más profundo en la Constitución; esta postura quizá se apoya en el deseo de que los principios rectores de la política social y económica se conviertan en “derechos sociales” plenamente garantizados y efectivos. Pero no es el momento ni el lugar de tratar esta cuestión.