



Papeles el tiempo de los derechos

**LOS TRES EJES FUNDAMENTALES DE LA
VISIBILIDAD E INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON
DIVERSIDAD FUNCIONAL:
HACIA UNA EFICACIA REAL DE SUS DERECHOS.**

María del Mar Rojas Buendía

Doctora en Derecho
Universidad Carlos III de Madrid.
marojbu@yahoo.es

Palabras clave: Ejes, acceso, autonomía, derechos fundamentales, Derecho objetivo, proceso de especificación, garantías.

Número: 1 Año: 2018

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

**LOS TRES EJES FUNDAMENTALES DE LA VISIBILIDAD E
INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL:
HACIA UNA EFICACIA REAL DE SUS DERECHOS^{*}.**

María del Mar Rojas Buendía

1.- Introducción

El conocimiento sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la promoción de su implementación y la efectividad de éstos, son los tres ejes que contribuirán a dar una mayor visibilidad a las personas con discapacidad y a respetar su estatus como ciudadanos de pleno Derecho. Por ejemplo, en torno a ámbitos esenciales del ser humano como la salud, el empleo, la familia, la educación, la justicia, etcétera, se genera el reconocimiento del *acceso como una condición esencial* para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; y, por tanto, debe conocerse, promoverse y garantizarse como tal *derecho transversal al ejercicio de los demás derechos que reconoce la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006*. Para lograr este fin, es necesario partir de planteamientos jurídicos previos que requieren ser clarificados en nuestro Ordenamiento jurídico: desde el trato que se da a la discapacidad en la Constitución Española de 1978; pasando por las aportaciones de la Convención; hasta la normativa actual que garantiza los derechos de las personas con discapacidad en nuestro país.

La discapacidad es una realidad compleja en nuestra sociedad actual, que no termina de ser comprendida y tratada adecuadamente conforme al nuevo ‘modelo social’ que la Convención Internacional propone. Por lo que, en este trabajo desde el

* Comunicación. Cuarto Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”. Eje temático: ‘Retos de los derechos de las personas con discapacidad’. Organizan: Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” (Universidad Carlos III de Madrid) y MADINC-Madrid Sin Barreras.

esbozo de conceptos sencillos, partimos: 1) primero, de *contenidos básicos de la Filosofía del Derecho y de la Teoría Jurídica* que pretenden ser un conato de apoyo y justificación de la *especificidad* del derecho de las personas con discapacidad a tener derechos y a que sean *accesibles en su ejercicio y garantizados* por el propio Derecho, al margen del discurso de la discapacidad; 2) en segundo lugar, situamos la *discapacidad en el marco constitucional y legislativo español* actual, para finalmente conocer las *aportaciones que se percibe, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), puede estar realizando* a nuestro Ordenamiento jurídico y para pensar en la nueva dimensión de la discapacidad a que conduce este nuevo modelo; y, por último, 3) en tercer lugar, nos centramos en un *sistema garantista de los derechos de las personas con discapacidad* en el modelo social actual.

2.- El derecho de acceso como derecho fundamental con contenido específico

No puede perderse la visión de que derechos fundamentales como el derecho a la salud, al empleo, a la familia, a la educación, a la justicia, entre otros, y su función estructural quedan explícitamente reflejados en nuestra Constitución de 1978 (CE)¹.

¹ De establecerse una vinculación entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos, es posible que pudiera pensarse que “en la teoría Jurídica española sólo son auténticos derechos fundamentales los contenidos en la Constitución bajo la rúbrica ‘De los derechos fundamentales y de las libertades públicas’ cuando no hay al respecto una opinión unánime”; vid., BARRANCO AVILÉS, M.^a C., *La Teoría Jurídica de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2000, p. 75. De hecho, una de las alternativas del Tribunal Constitucional a la hora de interpretar qué son y qué no son derechos y libertades fundamentales, consiste en poner en tela de juicio el criterio clasificatorio basado en uno de los aspectos que caracterizan a estos derechos: el de la intensidad de la protección conferida a los distintos derechos y libertades (STC 160/1987, de 27 de octubre). Éste vendrá concluyendo en considerar hasta esta Sentencia como fundamentales, los derechos referidos en el artículo 53.2 (artículos 14 a 29 y la objeción de conciencia del artículo 30 -actualmente, aún no considerándose derecho fundamental, puede recurrirse en Amparo; sin embargo, el artículo 38, contempla la “libertad de empresa” como derecho fundamental, y no es recurrible en Amparo; vid., en ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios...*, op. cit., p. 24), sin embargo, el derecho constitucional no fundamental protegido por el Recurso de Amparo “se trata de una nueva categoría jurídica específica del Derecho Constitucional español”. Sólo puede entenderse jurídicamente garantizado un derecho o una libertad en la medida en que el Orden jurídico prohíbe su intervención; vid. BARRANCO AVILÉS, M.^a C., *La Teoría Jurídica...*, op. cit., p. 75. Esto es lo que confiere al derecho o libertad un especial significado “político” en el sentido que Kelsen reconoce en el caso de los derechos y libertades constitucionalmente garantizados; vid. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 5.^a edic., trad. esp. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 57; vid., también, pp. 145 y ss., respecto del tratamiento específico que hace del concepto de *derecho subjetivo*. Por otro lado, a la cuestión de saber si confieren los derechos del Título I tal “poder bastante” a sus titulares como para imponer a terceras personas un comportamiento determinado, algunos supuestos derechos que otorga este Título I no lo son, en base a la idea de derecho público subjetivo, vid., ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II (Artículos 10 a 23), Cortes Generales EDERSA, 1997, p. 25-6.

Haciendo un breve recorrido, a partir de reconocer que derecho fundamental implica, supone o significa derecho subjetivo —el Profesor Peces-Barba en su análisis sobre las funciones de los derechos fundamentales, expone que: “(l)a segunda función de los derechos es la subjetiva, frente a la primera que se nos aparece como objetiva, y es la más propia para la que fueron concebidos, como positivación de pretensiones morales justificadas, llamadas en el origen histórico de esta teoría, derechos naturales. [y dirá que] *los derechos fundamentales integran una moralidad pública que pretende facilitar en la vida social, a través del Derecho, a las personas titulares de los mismos, el ejercicio de su moralidad privada, la libre elección de los planes de vida* (la cursiva es mía). Normalmente, esa función se ejerce a través de tres grandes dimensiones, que integran el consenso de la cultura jurídica sobre la extensión de los derechos como expresión de esa moralidad pública, y que son la *función garantizadora o protectora*, la *participativa* y la *promocional*. [...], si la moralidad pública positivada interfiere de forma grave la libre elección de la moralidad privada existe una cuarta función de los derechos fundamentales como *disenso* ante el consenso [...]”²— (puesto que los derechos fundamentales son derechos subjetivos con un plus de garantía³) sólo en el sentido de un poder jurídico “cuando el orden jurídico otorga al individuo que es afectado por la ley constitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley constitucional”⁴; y teniendo en cuenta que derecho subjetivo no conlleva necesariamente “fundamentalidad”, conviene aquí recordar que, existen conceptos o elementos históricos constitutivos del concepto de los derechos subjetivos, que contribuyen a su construcción o formulación, y que sólo se suman al concepto que gana fuerza hoy: “fundamental” como una forma ampliada de entender los derechos subjetivos.

² Vid., PESES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (con la colab. de DE ASÍS ROIG, R., FERNÁNDEZ LIESA, C.R., LLAMAS CASCÓN, A.), Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, pp. 423 y ss. Häberle dirá que “los derechos fundamentales son, sin embargo, esencialmente derechos subjetivos públicos”, ésto *sin embargo* viene referido a los posibles límites de la *función social* que cumplen los derechos fundamentales, vid. HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. J. Saligmann-César Landa, pról. César Landa, Fondo Edit. Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 1997, pp. 62-3.

³ Vid., la exposición del prof. Llamas sobre la fuente de los derechos fundamentales desde una visión garantista, en LLAMAS CASCÓN, A., “Una aproximación garantista a las fuentes de los derechos fundamentales”, Doxa, 15-16, vol. II, 1994, pp. 709-713.

⁴ Vid. *Teoría pura del Derecho*, op. cit., p. 57; vid., también, CRUZ VILLALON, P., “Concepto de derecho fundamental: identidad, status, carácter”, en J. M.^a Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1994, pp.159 y ss.

Sin perder la perspectiva de que, efectivamente, fundamental es sinónimo de positivación, completitud, realidad y operatividad⁵. Los derechos subjetivos son efectivos en la medida en que están positivados, es decir, necesitan de un órgano encargado con competencia que contribuya a hacerlos efectivos. Actualmente, son concebidos como elementos normativos⁶ o elementos pertenecientes a sistemas normativos, y existen cuando son reconocidos por estos sistemas como tales derechos⁷.

La Convención Internacional reconoce la “accesibilidad” como un principio general; nada dice sobre que éste se conceptualice como un derecho, pero de la lectura del Artículo 9 y del resto de la Convención resulta palpable que sin el *derecho de acceso*, no se logra la consecución de los objetivos que ésta contempla (dentro del proceso de lograr la igualdad de oportunidades en todas las esferas de la vida social, el Estado debe reconocer la importancia global de las posibilidades de acceso. Para las personas con discapacidades de cualquier índole, debe: (i) establecer programas de acción para que el entorno físico sea accesible; y, (ii) adoptar medidas para garantizar el acceso a la información, la comunicación, y los demás derechos). Así, ya sea accesibilidad y acceso –como sustantivos-, accesible –adjetivando-, o acceder –expresado como acción-, el *derecho de acceso* es de obligado cumplimiento, un derecho transversal al resto de los demás derechos y libertades en el marco de la propia Convención y, por lo tanto, puede considerarse como un *derecho fundamental con contenido específico*, de las personas con discapacidad. Por esta razón, pretendemos justificar la accesibilidad para el ejercicio de los derechos (apoyo y asistencia como ‘contenido esencial de los derechos’ o como tales ‘derechos’; también como ‘acciones positivas’ (la accesibilidad como expresión del derecho a la no discriminación)⁸.

⁵ Vid. *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 160.

⁶ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 5.^a edic., Tecnos, Madrid, 1986, p. 431.

⁷ RODRÍGUEZ-TOUBES, J., *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 55; prosigue este autor diciendo que “esto sucede con más claridad cuando el sistema normativo es un ordenamiento jurídico que cuando es una moral; y más cuando es una moral positiva con vigencia social [...], que cuando es una moral ideal no convencional”.

⁸ DE ASÍS ROIG, R., “De nuevo sobre la accesibilidad: diseño, Medidas, ajustes, apoyos y asistencia”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, Huri Age. Consolider-Ingenio, núm. 4, 2017, pp. 1-17.

3.- El derecho de acceso y el proceso de especificación

A la hora de explicar el *proceso de especificación de este derecho en virtud de su contenido*, fundamentado en aportaciones éticas, ideológicas, políticas y jurídicas; que además viene identificándose históricamente con la necesidad de autonomía⁹, y de centrarse concretamente en los derechos relativos a las personas con diversidad funcional, identificaríamos este proceso como una consecuencia que tiene que ver con elementos como la *democracia y su legitimidad*¹⁰, y con el *cambio de las estructuras* en un marco social que sustituye al marco médico-rehabilitador en el que se ha movido hasta ahora la discapacidad.

Los derechos humanos encierran exigencias y pretensiones éticas, jurídicas y políticas, en virtud de la dignidad de la persona humana frente a cualquier forma de

⁹ "(U)na sociedad justa está obligada a proporcionar los recursos necesarios para que las personas puedan desarrollar sus habilidades básicas en el mínimo requerido, lo que les permite elegir sus propios planes de vida", CUENCA GÓMEZ, P., "Disability and humans rights: a theoretical analysis" *The Age of Human Rights Journal*, 4 (June), 2015, p. 39. Incluye la garantía de autonomía. En muchos casos, ésta puede ser limitada, pero es precisamente en éstos casos en los que debe destacarse el papel del Derecho como garante para defender el pleno desarrollo del grado de autonomía, por pequeña que ésta sea; vid. PALACIOS RIZZO, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI-CINCA, 2008, pp. 165-166. Palacios define este concepto como "un componente de la dignidad que está estrechamente relacionado con el fenómeno de la discapacidad", que puede ser entendido como un reservado, sin restricciones, para la acción voluntaria del espacio individual. Ella continúa diciendo que "el valor de la autonomía se basa en la presuposición de una capacidad de acción y comportamiento auto-dirigidos. Por lo tanto, se basan en la imagen implícita de una persona moralmente libre", vid. *Ibidem*, p. 164. Los seres humanos tienen libertad de elección "entre diferentes posibilidades" y orientan sus vidas como "un objetivo, un ideal a alcanzar, tal vez una utopía de la condición humana", PESES-BARBA MARTÍNEZ, G., "Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de moral y de Derecho", en MUGUERZA, J. et al., *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989. Como explica De Asís, la libertad moral está encerrada en esta idea, y "sería el referente de los derechos". El autor define este concepto como un momento utópico individual de realización de los planes de vida, los proyectos vitales, la satisfacción de las necesidades, condicionados por la dimensión social de la actividad humana. Por lo tanto, la libertad social y los derechos como instrumentos, permiten al sujeto moral alcanzar esta libertad moral; vid. DE ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas" núm. 17, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas", Dykinson, 2001, p. 28. Seguro, como dice Cuenca, "a menudo las personas con discapacidad son tratadas en la teoría de los derechos como objetos morales, como receptores pasivos que merecen recibir atención, apoyo y cuidado, pero no como agentes morales activos que merecen ser capaces de elegir y desarrollar su propios planes de vida y proyectos", vid. "Disability and humans rights...", op. cit., p. 41. La dignidad humana debe depender de la capacidad de los individuos para establecer y perseguir sus propios planes y proyectos de vida. Esta idea puede ser interpretada de nuevo entendiendo este "dinamismo de la libertad", vid. "Sobre el fundamento de los derechos humanos..." op. cit., que en Palacios pasa a ser interpretado desde las claves del modelo social.

¹⁰ ROJAS BUENDÍA, M.^a MAR, "La transversalidad del derecho a la accesibilidad: ajustes razonables en el ámbito local y en la participación política y social", *Universitas*, núm. 25, 2017, pp. 151-162, en: <https://doi.org/10.20318/universitas.2017.3560>

poder absoluto que pueda negarla o hacerla peligrar. Para intentar limitar a este poder, siguen desde su formulación inicial tres grandes procesos: de positivación, de generalización y de internacionalización, a los que se añade un cuarto, el de especificación. Esta terminología aportada por Bobbio, es próxima al modelo pragmático inglés en detrimento del modelo racional y abstracto, que integra la idea de los derechos que tienen como destinatarios a determinadas personas en función de su status social (mujeres, niños, discapacitados, consumidores, etc.), complementando la idea de hombres y ciudadanos como destinatarios genéricos, y unificando sus contenidos con la aparición de nuevos derechos relacionados con el desarrollo, el medio ambiente y la paz., entre otros¹¹.

Según la definición aportada por Bobbio, supone reconocer al “hombre específico, en la especificidad de sus diferentes *status* sociales”¹², teniendo en cuenta criterios distintos de diferenciación, donde la especificidad en función del sexo, la edad o las condiciones físicas, entre otras, deriva de la situación de inferioridad en la que se encuentran hombres y ciudadanos en determinadas relaciones¹³. Status sociales que, siguiendo a Peces-Barba, por razones “culturales, físicas o psicológicas”, al estar contextualizadas “en el seno de sociedades desarrolladas”, llevan aparejado un peculiar comportamiento por parte del Derecho positivo con respecto a los titulares de los derechos fundamentales: diferencia con el fin de “paliar o corregir”. Para ello se parte de la “igualdad como diferenciación” entre ciudadanos, porque la desigualdad de origen se considera relevante e impeditiva del pleno desarrollo moral de las personas, como meta de los derechos, y no existe una igualdad mínima en cuanto a la satisfacción de necesidades; con el fin de llegar a una “igualdad equiparable” con el resto de titulares de los derechos¹⁴.

¹¹ Vid., en *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 155; vid., también, Prólogo del prof. Peces-Barba al libro de BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Rafael de Asís Roig (Trad.), Madrid, 1991, Ed. Sistema, p. 10. Bobbio advierte, de la *especificación de ciertas necesidades e intereses* que coinciden “con el paso del hombre abstracto al hombre concreto”, vid., p. 15; y que requieren ser garantizadas a través de un efectivo reconocimiento y protección, cuya satisfacción en el caso de estos derechos resulta siempre más difícil, en *ibidem*, p. 19.

¹² Vid. Prólogo de G. PESES-BARBA al libro de BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 10.

¹³ Se trata de “una nueva línea de tendencia que se puede llamar de *especificación*, consistente en el paso gradual, pero siempre muy acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”; vid., *ibidem*, p. 109.

¹⁴ Vid. *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., p. 182.

Desde esta perspectiva, interpretamos que los derechos fundamentales en nuestro Ordenamiento y, específicamente, los relativos a las personas con discapacidad son derechos humanos positivados sobre los que interviene el *factor histórico como una vía de fundamentación*. Un ingrediente histórico-racional que, junto a la idea de consenso¹⁵, sobre determinadas exigencias, pretensiones y demandas inherentes a la propia condición de las personas con discapacidad, como es la ‘accesibilidad’ como una condición necesaria del desarrollo de la dignidad¹⁶; y, por lo tanto, la posibilidad de que pueda ser aceptada como un derecho integrado por dos componentes característicos: el ético y el jurídico.

Y, que, además, en el caso de estos derechos añade un elemento más: el nacimiento de derechos híbridos o derechos con componentes tanto de derechos civiles como políticos, por un lado, como de derechos económicos y sociales, por otro, que implican el desarrollo de infraestructuras de accesibilidad, fortaleciendo el discurso de la indivisibilidad de los derechos en la jurisprudencia de derechos humanos¹⁷, que han de ser garantizados.

Este enfoque nos ayuda a interpretar, por tanto, que los derechos de las personas con discapacidad, derechos fundamentales, se encargan de traducir al lenguaje jurídico el contenido de valores fundamentales para todos los seres humanos y sus circunstancias vitales, ocupando efectivamente la más alta posición en la jerarquía

¹⁵ Vid. “La transversalidad del derecho a la accesibilidad: ajustes razonables...”, op. cit.

¹⁶ Vid. Peces-Barba en “Reflexiones sobre la Constitución española desde la filosofía del derecho”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 61, invierno de 1981, pp. 95 y ss.; en concreto, pp. 123 y 124; en este Artículo, el prof. Peces-Barba, tras relativizar la necesidad de la presencia del valor “pluralismo político”, entiende que “la justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad, que constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia”, vid., ibidem; Peces-Barba afirma tiempo después desde una visión socialista democrática, que “(n)uestro sistema de Justicia es objetivamente preferible a los demás porque se asienta en los principios de la dignidad humana y en los valores de igualdad, libertad, y solidaridad”; cit., en el Artículo de 18 de noviembre de 2010, “El Rey entrega a Peces-Barba el premio jurídico Pelayo”, elaborado por J. M. Lázaro, para EL PAÍS.com/España, p. 12; vid., además, un estudio detallado sobre la dignidad de la persona como valor supremo; en ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, s, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 66-77 y 116.

¹⁷ Por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y de opinión para personas con discapacidad debe contemplar modos de comunicación alternativos y aumentativos, dado que si no los derechos no tendrían sentido”; DHANDA, A., “Construyendo un nuevo léxico de derechos humanos: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, Año 5, N.º 8, São Paulo, Junio - 2008, p. 49.

normativa del Ordenamiento jurídico por razón de su contenido¹⁸. En este momento es cuando cabe identificar los derechos de las personas con discapacidad con instituciones jurídicas relacionadas conceptualmente con la juridicidad y con sus garantías constitucionales, cuyo análisis se realizará a continuación. Así como, desde el concepto más universal de estos derechos humanos protegidos por las normas internacionales y regionales europeas, a las que se abre nuestra Constitución.

4.- El Marco Jurídico de la discapacidad (legislativo y constitucional españoles, regional europeo e internacional)

El “modelo social” a que la Convención (CDPD) aboca, entiende que las políticas en materia de discapacidad deben dedicarse, en la mayoría de los casos, a *normalizar a la sociedad y no a las personas con discapacidad*. Como complemento a este modelo, el “modelo de la diversidad” contempla la discapacidad como un ejemplo de la diversidad humana, o parte de la pluralidad social que debe ser protegida.

Ambos paradigmas se vislumbran en el Derecho español, primero en la Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad de 2003, también en todo el articulado que entra en vigor en España en el año 2008, de la Convención Internacional sobre los derechos de las

¹⁸ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derechos: Cuestiones de terminología Jurídica”, Revista de Derecho Constitucional, núm. 30, enero-marzo, 1999, pp. 1 y ss.; DE ASÍS ROIG, R., “Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos”, en *El fundamento de los derechos humanos*, op. cit., p. 68; vid., del mismo autor, “Razón, consenso e historia en la fundamentación dialógica”, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 10, agosto-diciembre, 1990, p. 90; PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 88; vid., de este mismo autor, “Notas para una fundamentación histórica y consensual de los derechos”, pp. 52-65; vid., además, *Curso de derechos fundamentales...*, op. cit., pp. 36 y ss.; vid., también, otras interpretaciones doctrinales con respecto a la identificación entre derechos morales y derechos naturales, más propia del pensamiento anglosajón, que reconocen su valor en el origen histórico, en la tesis de PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, 5^a ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 30 y 179, sobre los derechos morales y su justificación vid., además, FERNÁNDEZ GARCÍA, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Ed. Debate, Madrid, 1984, pp. 85 y ss.; vid., como autor originario de la concepción de los derechos morales, introductor de su terminología en la cultura jurídica de habla hispana, NINO, C. S., “Sobre los derechos humanos” en Rev. DOXA, Nº 7, Alicante, 1990, pp. 311 y ss., y en su obra *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989; y sobre el concepto racionalista que suprime la dimensión histórica de los derechos morales universales, inalienables y absolutos, vid. LAPORTA, F., “Sobre el concepto de derechos humanos” en Rev. DOXA, Nº 4, Homenaje a E. Garzón Valdés, 1987, pp. 23-46; y, en la misma línea, vid. RUIZ MIGUEL, A., “Los derechos humanos como derechos morales”, en Anuario de derechos Humanos Nº 6, Madrid, 1990, pp. 149 y ss.; finalmente, cualquier denominación debe referirse al poder político legítimo y tener como objetivo la protección del individuo, vid. BARRANCO AVILÉS, M.^a C., *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 5.

personas con discapacidad del año 2006. Y finalmente, en la referencia que hace el preámbulo de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre el camino hacia un modelo social¹⁹.

La prohibición de discriminación por razón de discapacidad forma parte de nuestro Ordenamiento en virtud de diversas normas de la Unión Europea: entre éstas el Artículo 13 del Tratado de Amsterdam, el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales y la *Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000* sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación y marco general para luchar contra la discriminación por motivos, entre otros, de discapacidad, en el mismo ámbito. Su objetivo es que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato.

Pero actualmente seguimos instalados social y jurídicamente, en un *modelo médico-rehabilitador* que considera la discapacidad como una deficiencia personal, y que difiere del *modelo social* que cree que la discapacidad tiene predominantemente causas sociales (el diseño de la sociedad no tiene en cuenta la situación de las personas con discapacidad); y que no sólo requiere un cambio normativo *para implementar los modelos social y de la diversidad, sino una transformación social y jurídica integral a través de la sensibilización y la educación.*

4.1.- El reconocimiento de la discapacidad en la Constitución Española de 1978²⁰

Por una parte la Constitución española de 1978 dedica un artículo específico a las personas con discapacidad, con una terminología que, sin embargo, resulta ciertamente inapropiada actualmente. El *Artículo 49* (en el *Capítulo Tercero del Título Primero, “De los Principios Rectores de la Política Social y Económica”*), señala que “(l)os

¹⁹ Otras medidas normativas vigentes en el ámbito nacional: 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: armonización de la normativa vigente en materia de derechos de las personas con discapacidad). Medidas para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (en la Constitución Española Artículos 9.2, 10 y 14).

²⁰ Vid. DE ASÍS ROIG, R., ”Discapacidad y Constitución”, en *Derechos y Libertades*, núm. 29, Época II, junio 2013, pp. 39-51.

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”.

Por otra parte, el Capítulo III recoge ‘derechos prestacionales’, normalmente concebidos como derechos sociales. Aquí también, *es posible cuestionar si cabe hablar de los derechos de las personas con discapacidad como derechos prestacionales*.

*Ambas circunstancias revelan la crítica a un modelo de tratamiento médico-rehabilitador de la discapacidad en el momento de elaborar la Constitución; como igualmente puede ponerse en tela de juicio el fundamental amparo para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos, si no se tiene en cuenta la “accesibilidad para el disfrute de esos derechos”*²¹.

Se interpreta que el resto de derechos reconocidos en la Constitución son propios de las personas con discapacidad. *Todo el Título Primero* se dirige también a este colectivo, y singularmente el *Artículo 10.1 (referido a la dignidad humana)* y el *Artículo 14 (referido al principio y al derecho a la igualdad)*. El Artículo 14 (*en relación con el artículo 9.2*) no se refiere de forma directa a la discapacidad, pero tiene cabida en la referencia final: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

4.2.- La Constitución y el Artículo 10.2

“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”. Sin embargo, a tenor de algunas voces, la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución presenta en la práctica jurídica algunos problemas: (i) derivados de la irrelevancia que para muchos especialistas del Derecho, entre ellos

²¹ Hay que tener en cuenta que la CE es de 1978 y la CDPD es de 2006, en vigor en 2008 para España.

algunos tribunales, posee el Derecho Internacional en general; (ii) porque su utilización es en ocasiones puesta en entredicho aludiendo a un supuesto tenor literal de la norma de derechos y afirmando el valor de esta norma como expresión de la soberanía del Estado; y, por último, (iii) el artículo 10.2 difícilmente puede utilizarse como argumento para el reconocimiento de nuevos derechos²².

La CDPD es un Tratado de derechos humanos que establece que las personas con discapacidad poseen *los mismos derechos que cualquier otra persona*. El artículo 49 debería ser interpretado tomando como referencia la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad; y su contenido ser considerado como constitutivo de auténticos derechos fundamentales, porque el tratamiento de la discapacidad es principalmente una cuestión de derechos humanos²³. Por lo tanto, es posible hacer una interpretación del precepto tomando como referencia el modelo social²⁴. Una interpretación del artículo 49, conforme a la Convención, supondría: (i) reconocer la “accesibilidad universal” como derecho (recogido de forma explícita o implícita en la CDPD); (ii) incluir la accesibilidad entre las políticas de previsión, y considerarla como parte de las políticas de rehabilitación social; (iii) garantizar la vida social de las personas con discapacidad con políticas inclusivas en detrimento de la integración; (iv) reconocer otros derechos también contemplados explícita o implícitamente en la CDPD: derecho a una igual capacidad jurídica, derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad y derecho al uso de la lengua de

²² Vid. “Discapacidad y Constitución”, op. cit., p. 48.

²³ De Asís sugiere el traslado del contenido del artículo 49 a la sección 1^a del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución, en “Discapacidad y Constitución”, *ibidem*, p. 51.

²⁴ “Recientemente, nuestro Tribunal Constitucional ha elaborado una teoría de la interpretación constitucional basada en lo que ha denominado como interpretación evolutiva y cultura jurídica, que podría servirnos para apoyar una interpretación del artículo 49 basada en los postulados del modelo social”, *ibid.*, p. 48; aún así, De Asís argumenta que los intentos de interpretar el artículo 49 de la Constitución conforme al espíritu de la Convención, a través de la utilización del artículo 10.2 o de la teoría de la interpretación evolutiva, presentan serios problemas en nuestro Ordenamiento jurídico: 1) se cuestionan la existencia de una realidad social y de una cultura jurídica basada en el modelo social; y, 2) se cuestiona esa Teoría interpretativa expuesta por el Tribunal Constitucional (y que puede verse manifestada en algunos de los votos particulares de la Sentencia que ejemplifica el argumento del prof. De Asís, 198/2012 de 6 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 13/2005 que reconoce el matrimonio entre parejas del mismo sexo), a saber: “La Constitución, pues, impone límites al legislador (si no, no sería Constitución), pero también impone límites al Tribunal Constitucional, que ha de respetar la rigidez de las normas constitucionales por la sencilla razón de que el Tribunal no puede ser nunca una especie de poder constituyente permanente. Si lo fuera, sencillamente, se quebrantaría el concepto mismo de Constitución”, vid. *Ib.*, pp. 49 y 50.

signos²⁵; y, por último, (v) utilizar una terminología adecuada a la Convención y sus derechos.

4.3.- Las aportaciones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La Convención se caracteriza por no reconocer nuevos derechos, sino que lucha contra la discriminación afirmando los mismos derechos para cualquier persona, con discapacidad o sin ella. Pero siguiendo al profesor De Asís, “este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad, tradicionalmente negados a este colectivo, y otros, auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas”²⁶. Es decir:

- i) supone la incorporación definitiva de la discapacidad en el discurso de los derechos: las demandas y pretensiones de las personas con discapacidad, se constituyen en auténticos derechos;
- ii) la concepción de la discapacidad está centrada en la situación y no en los rasgos de las personas;
- iii) subraya el valor de la dignidad humana, que necesariamente debe ser interpretada en términos de autonomía e independencia, y que exige abandonar su relación con la idea de capacidad;
- iv) participa del nuevo tratamiento que la idea de igualdad ha venido adquiriendo en el discurso de los derechos: cuándo está justificado un trato igual y cuándo un trato diferente. Se maneja un concepto de discriminación directa, indirecta y, por indiferenciación, que se extiende tanto a las personas con discapacidad como a las personas relacionadas con éstas;
- v) concede importancia fundamental a la accesibilidad universal y a los ajustes razonables;

²⁵ Ib., p. 50.

²⁶ Ib., p. 45.

- vi) exige una igual capacidad jurídica, eliminando así la posibilidad de la incapacitación (reservada a casos muy excepcionales) y la promoción de un modelo de apoyo a la toma de decisiones;
- vii) reconoce el principio de vida independiente que implica la defensa y la promoción de la autonomía personal de todas las personas y justifica el diseño de unas políticas públicas destinadas a satisfacer los derechos de las personas que se encuentran en situación de dependencia; y, finalmente,
- viii) reconoce la identidad de la Comunidad Sorda, a la que considera como una minoría lingüística y, por tanto, como un grupo cultural²⁷.

5.- Hacia una eficacia real de los derechos de las personas con discapacidad

El valor para la vida de las personas con discapacidad y para el desarrollo integral de estos derechos exige el planteamiento de las “garantías”.

Unas garantías, más generales, se refieren a las condiciones económico -sociales, culturales y políticas que favorecen el ejercicio de estos derechos fundamentales. El problema es “la vigencia efectiva de los valores y de la estructura de una sociedad auténticamente democrática”²⁸. Otras garantías, identificadas con la realización en el Derecho positivo de los derechos subjetivos, en este caso “fundamentales”, se refieren a la protección judicial y procesal.

Y, entre las normas garantizadoras de los derechos, se sitúan “aquellas que reconocen el derecho a la garantía de los derechos”. Éstas “se encuentran normalmente en la Constitución”. Entre estas normas están contempladas las *genéricas* que protegen a todas las dimensiones constitucionales (mediante recurso de inconstitucionalidad), las *específicas* que protegen a los derechos e intereses legítimos incluidos los derechos fundamentales (Artículo 24.1 CE, que a la vez es ‘norma de acceso’ o garantizadora y reguladora a la vez de un derecho) y *las más específicas*, que son las que aquí conviene

²⁷ Vid. *Ib.*, pp. 42-6.

²⁸ PESES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derechos Fundamentales*, Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho – Universidad Complutense, 4.^a edic., Madrid, 1986, p. 171.

precisar, protectoras de los derechos de los Artículos 14 y 15 a 29 y la objeción de conciencia del artículo 30 (Artículo 53.2).

Por otra parte, las normas que “protegen el ejercicio de los derechos” o “normas que regulan la protección judicial del ejercicio de derechos” se encargarán de establecer los procedimientos y cauces de “comportamiento institucionalizado de los titulares que reclaman, de los afectados por la reclamación o de terceros que deban tener algún tipo de intervención, y también de los órganos jurisdiccionales competentes”.

Coincidén con las anteriores normas, el Artículo 24.1 (tutela judicial efectiva) y el Artículo 53.2 (Procedimiento basado en los principios de preferencia y summariedad, y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional). Por lo tanto, estas normas además de garantizar los derechos, protegen judicialmente el ejercicio de los mismos²⁹.

6.- Conclusiones

1. Sin el *derecho de acceso*, no se logra la consecución de los objetivos que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contempla. Se trata de nuevos derechos que, implícita o explícitamente, la CDPD reconoce a lo largo de su articulado; entre ellos, la accesibilidad universal.
2. A su vez, estos derechos, específicos por su contenido y que tienen su origen en demandas específicas³⁰, se entienden asumidos por nuestro Ordenamiento conforme a la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución, no exenta en la práctica jurídica de algunos problemas; que entiende que la CDPD es un Tratado de Derechos Humanos. Y de acuerdo con su

²⁹ Vid. *Curso de derechos fundamentales*, op. cit., pp. 374-6; vid., también MARTÍN-RETORTILLO, L., DE OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 50, “derechos cualificados”; y respecto de su ‘protección’, *ibidem*, pp. 27 y 76.

³⁰ “La Convención es un Tratado de derechos humanos que se caracteriza por no reconocer nuevos derechos. Lo que hace la Convención es establecer que las personas con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otra persona. La Convención es así un texto que lucha contra la discriminación en la que se encuentran estas personas. Pues bien, es posible no obstante afirmar que este Tratado sí que reconoce unos nuevos derechos para las personas con discapacidad, tradicionalmente negados a este colectivo, y otros, auténticos nuevos derechos que tienen su origen en demandas específicas”; vid. “Discapacidad y Constitución”, op. cit., p. 45.

articulado en vigor para España a partir de 2008. Y finalmente, conforme con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que afirma un modelo social.

3. Es necesario revisar las condiciones que pueden favorecer o dificultar la realización de los derechos de las personas con discapacidad. Esto nos lleva a tener que detenernos en las garantías de estos derechos: (i) generales, desde los presupuestos de la sociedad democrática; y, (ii) específicas, desde su protección judicial. Para que estos derechos se vean cumplidos y, en muchos de los casos, restituidos hay que partir de una tutela efectiva y de un igual acceso a la justicia de las personas con discapacidad, de una defensa justa y del cumplimiento efectivo de las normas específicas pensadas para este colectivo.