



**UNIVERSITAT
JAUME·I**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

Israel Biel Portero

Dirigida por:

Dr. D. Jorge Cardona Llorens

Castellón, 2009

ÍNDICE	1
ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
1 APROXIMACIÓN A LA DISCAPACIDAD.....	11
1.1 Los modelos de la discapacidad.....	12
1.2 Concepto y terminología.....	19
2 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y ESTRUCTURA	30
2.1 Objeto de estudio	30
2.2 Estructura.....	33
3 METODOLOGÍA Y FUENTES.....	35
3.1 Metodología	35
3.2 Fuentes	35

PARTE I

ANÁLISIS JURÍDICO FORMAL: LA ACCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD	37
1 ACCIÓN NORMATIVA UNIVERSAL	37
1.1 Naciones Unidas	37
1.1.1 Introducción histórica.....	38
1.1.2 Normativa no convencional.....	45
1.1.2.1 Declaración de los Derechos del <i>Retrasado Mental</i> de 1971.....	46
1.1.2.2 Declaración de Derechos de los Impedidos de 1975	49
1.1.2.3 El Programa de Acción Mundial para los Impedidos	52
1.1.2.4 Las Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos	58
1.1.2.5 Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.....	61

1.1.2.6	Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad	67
1.1.3	Normativa convencional	83
1.1.3.1	La discapacidad en los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas	84
1.1.3.2	La Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad.....	93
a)	La necesidad de una convención específica	94
b)	El proceso de creación	99
c)	Estructura, contenido y alcance de la Convención	105
(i)	Estructura formal	105
(ii)	La consagración del modelo social y de derechos humanos	108
(iii)	El propósito y los principios generales de la Convención.....	111
(iv)	Obligaciones de los Estados	118
(v)	El núcleo de la Convención: los derechos	124
(vi)	El mecanismo de vigilancia de la Convención	130
d)	La Convención en el Derecho internacional de los Derechos Humanos	132
1.1.4	Medidas de promoción de los derechos	135
1.1.4.1	El Año Internacional de las Personas con Discapacidad, 1981	136
1.1.4.2	El Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad, 1983-1992.....	137
1.1.4.3	El Día Internacional de las Personas con Discapacidad: 3 de diciembre....	138
1.1.4.4	Otras medidas de promoción y difusión	139
1.2	Organizaciones y organismos del sistema de Naciones Unidas	141
1.2.1	La OIT	141
1.2.1.1	Antecedentes	143
1.2.1.2	La Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955	146
1.2.1.3	El Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas de 1983	148
1.2.1.4	Otros textos normativos.....	153
1.2.1.5	Promoción y cooperación técnica	155
1.2.2	La OMS.....	157
1.2.3	La UNESCO	161
1.2.4	Otras organizaciones y organismos	167
2	ACCIÓN NORMATIVA EUROPEA	173
2.1	El Consejo de Europa.....	173

2.1.1	La discapacidad en los tratados europeos de derechos humanos	175
2.1.1.1	El Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	176
2.1.1.2	La Carta Social Europea y la Carta revisada.....	185
a)	La Carta Social Europea	185
b)	La Carta Social Europea revisada.....	190
2.1.1.3	Otros tratados de derechos humanos	196
2.1.2	La actividad del Consejo de Europa en materia de discapacidad	201
2.1.2.1	Las primeras actuaciones. El Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública	201
2.1.2.2	La Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad.....	209
2.1.2.3	La Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015).....	215
2.1.2.4	Otras recomendaciones y resoluciones.....	224
a)	Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria	224
b)	Recomendaciones del Comité de Ministros	228
c)	Resoluciones del Comité de Ministros adoptadas en el marco del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.....	232
2.1.2.5	Iniciativas de promoción de los derechos.....	237
2.2	La Unión Europea.....	240
2.2.1	Introducción histórica.....	241
2.2.1.1	Las primeras medidas relativas a la discapacidad: del paternalismo inicial al reconocimiento de derechos.....	244
2.2.1.2	El nuevo modelo comunitario: la igualdad de oportunidades y la no discriminación	253
2.2.2	El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.....	266
2.2.3	La Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.....	270
2.2.4	La Carta de Derechos Fundamentales.....	275
2.2.5	El Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo	280
2.2.6	Las políticas comunitarias en materia de discapacidad	284
2.2.6.1	Programas europeos dirigidos a las personas con discapacidad	285
a)	Los programas HELIOS	286

b) El Plan de Acción Europeo sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.....	289
c) Otros programas comunitarios.....	293
2.2.6.2 Medidas de promoción de los derechos.....	295
a) 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad.....	296
b) El Día Europeo de las Personas con Discapacidad	299

PARTE II

ANÁLISIS JURÍDICO MATERIAL: LOS DERECHOS BASADOS EN LA PERSPECTIVA DE LA DISCAPACIDAD 301

1 DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS	301
1.1 Derecho a la vida	302
1.1.1 Contenido esencial y excepciones.....	303
1.1.2 Obligaciones positivas de los Estados.....	303
1.1.3 Aborto y eutanasia.....	305
1.2 Derecho a la igualdad y la no discriminación.....	310
1.2.1 Aproximación conceptual.....	310
1.2.2 Contenido esencial: igualdad formal y material.....	312
1.2.3 La naturaleza autónoma del derecho	314
1.2.4 Medidas positivas y ajustes razonables.....	320
1.2.5 Exigibilidad de los ajustes razonables.....	323
1.3 Derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley.....	325
1.3.1 Regulación	326
1.3.2 Capacidad jurídica y capacidad de obrar	326
1.3.3 Medidas de apoyo	328
1.4 Derecho a la libertad y seguridad de la persona.....	331
1.4.1 Contenido del derecho	331
1.4.2 Los internamientos forzosos	333
1.4.3 Garantías en la privación de libertad	339
1.5 Derecho a la integridad física y mental de la persona.....	341
1.5.1 Protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.....	342
1.5.1.1 Relación entre discapacidad y tortura.....	344

1.5.1.2	Precisiones conceptuales	344
1.5.1.3	Tratamientos involuntarios	347
1.5.1.4	La especial vulnerabilidad de las personas con discapacidad privadas de libertad	350
1.5.1.5	Otras medidas de protección	352
1.5.2	Protección contra la explotación, la violencia y el abuso.....	353
1.5.2.1	Regulación	354
1.5.2.2	Cuestiones terminológicas	355
1.5.2.3	Prevención y protección frente a la violencia y el abuso	356
1.5.2.4	Responsabilidad de los Estados por los actos cometidos por particulares ..	358
1.6	Derecho de acceso a la justicia	360
1.6.1	El acceso a la justicia como derecho de participación	360
1.6.2	Regulación	361
1.6.3	Contenido del derecho.....	362
1.7	Libertad de circulación y residencia	365
1.7.1	Movilidad personal	368
1.7.1.1	Movilidad y accesibilidad	369
1.7.1.2	Obligaciones de los Estados.....	370
1.7.2	Derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad	373
1.7.2.1	Antecedentes	373
1.7.2.2	Concepto y regulación.....	375
1.7.2.3	Contenido material del derecho.....	375
1.8	Derecho a la libertad de expresión y opinión	381
1.8.1	Regulación	382
1.8.2	Contenido esencial y límites	383
1.8.3	Obligaciones positivas	384
1.9	Derecho a la vida privada y familiar.....	387
1.9.1	Respeto de la privacidad	388
1.9.1.1	Regulación y contenido del derecho.....	388
1.9.1.2	El concepto de vida privada y su extensión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	390
1.9.1.3	La privacidad en el ámbito de la salud	392
1.9.2	Respeto del hogar y la familia	392
1.9.2.1	Regulación	393
1.9.2.2	El derecho a contraer matrimonio	395

1.9.2.3	El derecho a fundar una familia	397
1.9.2.4	Derechos reproductivos y sexuales	398
1.9.2.5	Otros derechos familiares.....	400
1.10	Derecho a la participación en la vida política y pública	402
1.10.1	Regulación	404
1.10.2	Derecho al sufragio activo y pasivo	405
1.10.3	Acceso a la función pública.....	408
1.10.4	Participación en la dirección de los asuntos públicos	410
1.10.5	Otros derechos	410
2	DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.....	413
2.1	Derecho a la educación	413
2.1.1	Regulación	415
2.1.2	Evolución del derecho a la educación en el ámbito de la discapacidad	417
2.1.2.1	Educación especial	417
2.1.2.2	Educación integrada.....	419
2.1.2.3	Educación inclusiva.....	421
2.1.3	La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como modelo para la regulación de la educación inclusiva.....	429
2.2	Derecho al trabajo	433
2.2.1	Empleo y discapacidad	433
2.2.2	Regulación	435
2.2.3	Medidas específicas para las personas con discapacidad	438
2.2.3.1	Igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo.....	438
2.2.3.2	Readaptación profesional	449
2.2.3.3	Otras medidas de promoción del derecho al trabajo	452
2.3	Derecho a la accesibilidad.....	457
2.3.1	Concepto de accesibilidad.....	457
2.3.2	Regulación	459
2.3.3	Contenido del derecho	461
2.3.3.1	Accesibilidad del entorno físico	462
2.3.3.2	Accesibilidad de la información y las comunicaciones.....	464
2.3.3.3	Accesibilidad del transporte.....	466
2.4	Derecho a la salud	469
2.4.1	Salud, rehabilitación y discapacidad.....	470
2.4.2	Derecho al más alto nivel posible de salud	471

2.4.2.1	Regulación	472
2.4.2.2	Acceso a los servicios de salud.....	476
2.4.2.3	Prohibición de la discriminación	480
2.4.2.4	Control de la salud y libre disposición del cuerpo: la importancia del consentimiento informado	483
2.4.2.5	Otros derechos relacionados con la salud	485
2.4.3	Derecho a la rehabilitación médica.....	486
2.5	Derecho a la protección social.....	490
2.5.1	El concepto de protección social	491
2.5.2	La protección social como obligación estatal	493
2.5.3	Contenido del derecho.....	494
2.5.3.1	Asistencia social	495
2.5.3.2	Seguridad social	499
2.6	Derecho al ocio.....	503
2.6.1	Concepto de ocio.....	503
2.6.2	Regulación	504
2.6.3	El derecho a participar en las actividades de ocio	506
2.6.3.1	Cultura.....	508
2.6.3.2	Deporte.....	510
2.6.3.3	Otras actividades de ocio.....	511
CONCLUSIONES		515
FUENTES DOCUMENTALES		525
1	TRATADOS.....	525
2	ACTOS NORMATIVOS Y OTROS DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES.....	528
3	JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	542
4	LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	548
FUENTES DOCTRINALES		550

1	MANUALES Y OBRAS GENERALES	550
2	MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS.....	551
3	ARTÍCULOS EN OBRAS COLECTIVAS Y REVISTAS CIENTÍFICAS.....	557
4	COMUNICACIONES Y <i>PAPERS</i>	572
	SITIOS WEB DE INTERÉS.....	573

ABREVIATURAS UTILIZADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CD-P-RR	Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad
CD-P-SP	Comité sobre Salud Pública
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
CIDDM	Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías
CIE	Clasificación Internacional de Enfermedades
CIF	Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud
DAR	Programa de Discapacidad y Rehabilitación
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
ECOSOC	Comité Económico y Social
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
GLADNET	Red Mundial de Información e Investigación Aplicada de Discapacidad sobre Empleo y Capacitación
HELIOS	Programa de acción comunitaria para las personas con discapacidad
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
LISMI	Ley de Integración Social de los Minusválidos
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales / Ministerio de Trabajo e Inmigración
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
OPS	Organización Panamericana de la Salud
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
<i>REEI</i>	<i>Revista Electrónica de Estudios Internacionales</i>
<i>RGDE</i>	<i>Revista General de Derecho Europeo</i>
TCE	Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
TIDE	Iniciativa comunitaria de tecnología de rehabilitación para las personas con discapacidad y las personas mayores
TUE	Tratado de la Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

INTRODUCCIÓN

1 APROXIMACIÓN A LA DISCAPACIDAD

Las personas con discapacidad, o la discapacidad en sí misma considerada, han sido objeto de muy diferentes tratamientos, resultado de la sucesión de varios enfoques. La cuestión no es ni mucho menos irrelevante. Como advierte Oliver, el hecho de dotar de significado a los objetos que nos rodean determina que nuestro comportamiento hacia los mismos esté orientado en torno a aquél significado¹. Así, el modo de concebir la discapacidad condiciona la respuesta que la sociedad ofrece a la misma. Obviamente, esto también se ve reflejado en la ciencia jurídica y en su forma de regular la discapacidad².

En la historia moderna, la discapacidad ha sido desarrollada a partir de dos modelos o paradigmas principales. Por un lado, el *modelo individual* de la discapacidad, también llamado *modelo médico*³. Y por otro lado, el *modelo social* de la misma, de origen más reciente. Cabe matizar que estos dos modelos fueron, en su momento, precedidos por otros que, por su distanciamiento con el objeto de la presente investigación, no entraremos a analizar⁴. Además, como recuerda Priestley,

¹ M. Oliver, *The Politics of Disablement*, Basingstoke: Palgrave Mcmillan, 1990, p. 2.

² Véase al respecto M. Jones y L. A. Basser Marks, “Law and the Social Construction of Disability”, en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, p. 6, así como R. de Asís, F. Bariffi y A. Palacios, “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, p. 83.

³ No obstante, son diversos los autores que han criticado la utilización del término “médico” para referirse a este modelo. Mike Oliver ha precisado que no existe un modelo médico de la discapacidad, sino un modelo individual en el que la *medicalización* es un elemento importante del mismo. M. Oliver, *Understanding Disability. From theory to practice*, Basingstoke: Palgrave, 1996, p. 31.

⁴ Por ejemplo, la doctrina ha definido como *modelo de prescindencia* un primer enfoque según el cual la discapacidad estaría dotada de cierto contenido religioso, y las personas con discapacidad serían apartadas por considerarse innecesarias. Véase R. de Asís, F. Bariffi y A. Palacios, “Principios éticos...”, *op. cit.*, pp. 84 y ss., A. Palacios, “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en I. Campoy Cervera (ed.), *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 188 y ss., o A. Palacios y F. Bariffi, *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos*.

el simple dualismo entre los modelos individual y social no es suficiente para explicar la complejidad de las teorías sobre discapacidad, pues sobre aquellos también han incidido diversos enfoques basados, principalmente, en las teorías idealistas y materialistas⁵. No obstante, en tanto nuestro propósito no es otro que introducir los principales paradigmas de la discapacidad, así como ofrecer un concepto de la misma, nos detendremos únicamente en los rasgos fundamentales que caracterizan los dos modelos citados.

1.1 LOS MODELOS DE LA DISCAPACIDAD

De forma tradicional, la discapacidad ha sido concebida desde el modelo individual. Este enfoque centra el *problema* de la discapacidad en el individuo y en sus circunstancias funcionales. Son los déficits físicos, cognitivos o sensoriales de la persona los que impiden que esta pueda participar en la sociedad como lo hacen las demás personas⁶. Esto es, la causa de la desventaja ocasionada por la discapacidad son los factores individuales. Así, este modelo identifica la discapacidad como una cuestión focalizada en la desviación, la deficiencia o la enfermedad del individuo⁷. Por tanto, existe una preocupación por reparar ese daño perceptible y subsanar el déficit que conlleva, con el fin de transformar y *normalizar* a la persona, o más bien su cuerpo⁸.

Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Madrid: Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007, pp. 13 y ss. Sobre los enfoques de la discapacidad en occidente a lo largo de las diferentes etapas históricas puede encontrarse un completo estudio en H. J. Stiker, *A History of Disability*, traducción inglesa de William Sayers, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000.

⁵ M. Priestley, “Constructions and Creations: idealism, materialism and disability theory”, 13 *Disability & Society* (1998), pp. 75 y ss.

⁶ Véase M. Oliver, *Understanding Disability*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

⁷ M. Rioux y A. Carbert, “Human Rights and Disability: The International Context”, 10 (2) *Journal of Developmental Disabilities* (2003), p. 1.

⁸ M. Jones y L. A. Basser Marks, “Law and the Social Construction of Disability”, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

Ante este problema personal, el Derecho responde, principalmente, de dos formas⁹. En primer lugar, tratando de eliminar la deficiencia de la persona, o al menos, reducir al máximo sus consecuencias. La atención de la salud y, sobre todo, la rehabilitación, a través de la *medicalización* de la discapacidad, desempeñan así un rol fundamental en las políticas y regulaciones sobre discapacidad. Se trata de adaptar a la persona a una sociedad y un entorno en los que no es *plenamente funcional*¹⁰. En segundo lugar, cuando esa adaptación no es posible, los Estados tratan de compensar o aliviar el problema de la discapacidad a través de políticas asistenciales, dependientes muchas veces de la beneficencia o caridad de los poderes públicos. En cualquier caso, las personas con discapacidad son elementos pasivos para el Derecho, meros objetos de sus legislaciones y políticas, sin la capacidad necesaria para realizar aportaciones o ejercer sus derechos.

Numerosas críticas se han realizado a este modelo. Por un lado, porque con el enfoque médico o individual de la discapacidad no se respeta la diferencia ni la diversidad humana, ni se trata a la persona con discapacidad como sujeto, como verdadera persona. Por otro lado, porque a través de las medidas de corte asistencial no se pretende incluir a la persona en la sociedad o en su entorno. Pero fundamentalmente, porque este modelo ha implicado apartar de la sociedad a las personas con discapacidad, aislándolas sistemáticamente en instituciones y centros especiales, y contribuyendo a perpetuar el ciclo de exclusión.

El motivo del fracaso del modelo individual reside en su propio planteamiento. La ubicación de la *cuestión* de la discapacidad en las circunstancias personales y médicas de la persona no responde a la causa del problema. Implícitamente, el

⁹ G. Quinn, "The Human Rights of People with Disabilities under EU Law", en P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 285 y 286, y A. Lawson, "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 271 y ss.

¹⁰ Algunos autores sitúan el origen de este modelo en la Revolución industrial, y en las dificultades de estas personas para participar y contribuir en los nuevos modos de producción introducidos con la misma. Véase V. Finkelstein, *Attitudes and Disabled People*, Nueva York: World Rehabilitation Fund, 1980.

hecho de considerar la discapacidad como un problema individual exige a la sociedad de acomodar o adaptarse a quienes son *diferentes*¹¹. Pero además, considerar la discapacidad como una “tragedia personal”¹² implica un tratamiento social y jurídico de quien tiene una discapacidad, no como persona o como sujeto, sino como víctima¹³.

De esta manera, el modelo social de la discapacidad nace como rechazo a los fundamentos del modelo individual. Los orígenes del mismo se sitúan en el movimiento asociativo que las propias personas con discapacidad iniciaron entre la década de los sesenta y los setenta en los Estados Unidos y Gran Bretaña. Este movimiento fue posteriormente objeto de desarrollo teórico por diversos activistas académicos¹⁴. Entre ellos destaca Mike Oliver, quien, sobre los trabajos previos de Hunt o Finkelstein, desarrolló el primer tratamiento teórico integral sobre la interpretación sociopolítica de la discapacidad¹⁵. Para Oliver, la discapacidad es una creación social, una compleja forma de opresión de la sociedad. Por ese motivo, el autor propone un cambio desde el modelo de la individualización y la *medicalización* de la discapacidad hacia un modelo dirigido a cambiar las estructuras sociales¹⁶.

¹¹ G. Quinn, “The Human Rights of People with Disabilities under EU...”, *op. cit.*, p. 286.

¹² V. Finkelstein, *op. cit.*, pp.1 y ss.

¹³ Véase M. Oliver, *The Politics of Disablement*, *op. cit.*, pp. 2 y ss.

¹⁴ De hecho, tanto en su origen como en su justificación se aprecian diversas diferencias entre el enfoque norteamericano del modelo social, más centrado en el derecho de las minorías y la no discriminación, y el enfoque británico, más cercano a la política social y el reconocimiento de derechos. A. Palacios, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Cinca, 2008, pp. 108 y ss. Al respecto, véase asimismo R. de Asís, F. Bariffi y A. Palacios, *op. cit.*, pp. 89 y ss., C. Barnes, “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas con discapacidad en la sociedad occidental”, en L. Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad*, traducción de Roc Filella, Madrid y La Coruña: Morata-Fundación Paideia, 1998, pp. 60 y ss., o S. R. Bagentos, “The Future of Disability Law”, 114 *The Yale Law Journal* (2004), pp. 1-84.

¹⁵ Concretamente, en su trabajo *The Politics of Disablement*, ya citado. Véase C. Barnes y C. Thomas, “Introducción”, en L. Barton (comp.), *Superar las barreras de la discapacidad*, traducción de Redactores en red, Madrid: Morata, 2008, p. 16.

¹⁶ M. Oliver, *The Politics of Disablement*, *op. cit.*

En líneas generales, el modelo social de la discapacidad plantea que las causas que originan la discapacidad son, principalmente, de origen social. Esto es, la causa del problema que supone la discapacidad no son las limitaciones individuales, sino el hecho de que la sociedad no prevea los servicios adecuados ni asegure que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta¹⁷. En otras palabras, la exclusión y la segregación que sufren las personas con discapacidad no es consecuencia necesaria de su deficiencia o limitación, sino más bien de la forma en que la sociedad ha dado, o dejado de dar, acomodo a la misma¹⁸. Sirva un ejemplo para ilustrar esta cuestión. El hecho de que una persona en silla de ruedas con una deficiencia que le impide caminar no pueda entrar en un edificio por carecer de rampa le ocasiona una discapacidad, pero no a causa de su limitación funcional, sino como consecuencia de la falta de accesibilidad de dicha entrada. Son las estructuras sociales, entendidas en sentido amplio, las que provocan la discapacidad.

En consecuencia, la discapacidad no puede ser un atributo de la persona, sino una creación del entorno. Es por ello que en ocasiones la discapacidad ha sido conceptualizada como *construcción social*. Esto significa, como explica Quinn, que la discapacidad no es ni mucho menos algo inherente a la persona, sino que, como cualquier diferencia humana, es una creación o construcción implícita de la sociedad, que acepta como innata una determinada situación que servirá para delimitar cualquier desviación de la misma¹⁹.

Así, en una sociedad que no puede ofrecer una respuesta apropiada a quienes tienen una deficiencia o una limitación funcional, discapacidad sería todo aquello

¹⁷ M. Oliver, *Understanding Disability*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸ Véase T. Degener, "Disability as a Subject of International Human Rights Law and Comparative Discrimination Law", en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 151.

¹⁹ G. Quinn, "The Human Rights of People with Disabilities under EU...", *op. cit.*, p. 288.

que impone restricciones a estas personas²⁰. Es cierto que no resulta sencillo detallar cómo funcionan o *discapacitan* estas estructuras sociales. Ni siquiera existe una única teoría al respecto²¹. No obstante, la mayor parte de estas teorías coinciden en constatar la existencia de un conjunto barreras sociales. Barreras que pueden ser de muy diversa naturaleza, como las arquitectónicas, las jurídicas, las organizativas, o aquellas basadas simplemente en el prejuicio y la hostilidad²². Y aún cuando una persona puede llegar a superar o reducir sus deficiencias o limitaciones, difícilmente podrá por ella misma derribar dichas barreras.

La aceptación del modelo social implica dos consecuencias fundamentales. En primer lugar, no debe ser la persona con discapacidad la que se adapte a la sociedad, sino que es la sociedad quien debe acomodar sus estructuras económicas y políticas, respetando la dignidad de quienes son diferentes. Por ello, los poderes públicos han de asumir su responsabilidad en la modificación o eliminación de todas aquellas barreras artificiales que limitan a las personas con discapacidad. En segundo lugar, como seres humanos iguales en dignidad, las personas con discapacidad no pueden ser tratadas como meros objetos de asistencia o caridad, sino como sujetos, como un fin en si mismo.

El modelo social recibió, desde sus orígenes, una gran acogida desde las ciencias sociales y el movimiento asociativo de las personas con discapacidad. También se vio pronto reflejado en el Derecho, especialmente en el Derecho internacional²³. El planteamiento del modelo social de la discapacidad, no sólo

²⁰ M. Oliver, *Understanding Disability*, *op. cit.*, p. 33.

²¹ Véase J. E. Bickenbach, "Minority Rights or Universal Participation: the Politics of Disablement", en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 102 y ss.

²² A. Lawson, "The United Nations Convention...", *op. cit.*, p. 572.

²³ Los primeros Estados en plasmar el modelo social de la discapacidad en sus regulaciones fueron, principalmente, aquellos de tradición anglosajona. Esto es, aquellos Estados, como Reino Unido, Irlanda, Estados Unidos o Canadá, donde se sitúan los orígenes teóricos y doctrinales del modelo social.

permitía, sino que exigía la intervención de la ciencia jurídica²⁴. El cambio de paradigma comenzó a apreciarse en la década de los ochenta, a través de diversas actuaciones concretas que desde Naciones Unidas se adoptaron en materia de discapacidad²⁵. Progresivamente, el modelo se fue consolidando a la vez que se extendía su influencia sobre otras organizaciones internacionales, como el Consejo de Europa o la Organización de Estados Americanos.

Pese a esto, el modelo social también ha recibido críticas desde diversos sectores. Se ha dicho que es una propuesta en pleno desarrollo, con una argumentación todavía demasiado apasionada²⁶. También se han puesto de manifiesto diversas limitaciones en su aplicación²⁷. Y sobre todo, se ha reprochado que en su afán por prescindir del enfoque individualista de la discapacidad, el modelo social ha obviado que determinadas limitaciones no provienen de la discapacidad ni de las barreras sociales, sino de las propias deficiencias o limitaciones de la persona²⁸.

Como ha advertido Oliver, el modelo social, como cualquier modelo, no está tan orientado a estructurar teóricamente una realidad como a ayudar a comprenderla, pues, a pesar de su potencial, no pretende ser una teoría social de la discapacidad²⁹. Aunque el modelo social no es perfecto y precisa de una mayor evolución, quizá hacia su construcción como teoría social, Shakespeare y Watson entienden que sigue siendo válido y útil, especialmente para intervenir sobre los

²⁴ M. Jones y L. A. Basser Marks, "Law and the Social Construction of Disability", *op. cit.*, pp. 6 y ss.

²⁵ Véase al respecto S. S. Herr, "From Wrongs to Rights: International Human Rights and Legal Protection" y T. Degener, "Disability as a Subject of International Human Rights Law and Comparative Discrimination Law", ambos en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *op. cit.*

²⁶ M. A. Verdugo Alonso, "La concepción de discapacidad en los modelos sociales", en M. A. Verdugo Alonso y F. B. Jordán de Urríes Vega (coord.), *Investigación, Innovación y Cambio. V Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad*, Salamanca: Amarú, 2003, pp. 235 y ss.

²⁷ M. A. Stein, "Disability Human Rights", 95 (1) *California Law Review* (2007), pp. 91 y ss.

²⁸ Véase M. Oliver, *Understanding Disability*, *op. cit.*, pp. 37 y ss., así como R. Kayess y P. French, "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 8 (1) *Human Rights Law Review* (2008), p. 7.

²⁹ M. Oliver, *Understanding Disability*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

procesos de exclusión y discriminación que sufren las personas con discapacidad³⁰. Respecto a esa evolución, las tendencias más recientes están siendo orientadas hacia un acercamiento entre ambos modelos, en lo que se ha denominado “perspectiva ecológica” de la discapacidad, basada en la interacción del individuo y su entorno³¹.

Con todo, el modelo social de la discapacidad ha supuesto una aportación trascendental en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Con la *desmedicalización* de la discapacidad y la constatación de la existencia de una sociedad y un entorno que actúan de manera discapacitante, y sobre todo, como consecuencia de la consideración de estas personas como verdaderos sujetos, se ha creado una verdadera perspectiva de derechos humanos de la discapacidad³². Podría afirmarse que la traslación del modelo social de la discapacidad en el Derecho internacional es el reconocimiento de derechos³³. Por ese motivo, y como se verá a lo largo de la presente investigación, la discapacidad es considerada en la actualidad una *cuestión* de derechos humanos³⁴. La adopción y la entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con

³⁰ T. Shakespeare y N. Watson, “The Social Model of Disability: an Outdated Ideology?”, en S. N. Barnartt y B. M. Altman, *Exploring Theories and Expanding Methodologies. Where We Are and Where We Need to Go*, Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2001, pp. 21 y ss.

³¹ Véase R. L. Schalock, “Hacia una nueva concepción de la discapacidad”, en M. A. Verdugo Alonso y F. B. Jordán de Urríes Vega (coord.), *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, Salamanca: Amarú, 1998, pp. 80 y ss.

³² Véanse, entre otros, G. Quinn, “The Human Rights of People with Disabilities under EU...”, *op. cit.*, pp. 285 y ss., así como M. Rioux y A. Carbert, *op. cit.*, pp. 1 y ss.

³³ Al respecto, véase el capítulo “La autoridad moral para el cambio: los valores de derechos humanos y el proceso mundial de reforma en materia de discapacidad”, en G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York y Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2002, pp. 11 y ss.

³⁴ Sobre la discapacidad como *cuestión* de derechos humanos, véanse T. Degener, “Disability as a Subject of International Human Rights Law...”, *op. cit.*, pp. 152 y ss., G. Quinn y T. Degener, “A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform”, en M. L. Breslin y S. Yee (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002, pp. 6 y ss., y A. Palacios y F. Bariffi, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

Discapacidad han contribuido de forma definitiva a consolidar dicha afirmación en el plano jurídico internacional.

1.2 CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

Históricamente se han utilizado diversos conceptos para referirse a la discapacidad, a veces incluso como sinónimos. Los términos enajenado, retrasado, incapaz, inválido, deficiente, minusválido o discapacitado se repiten en los textos normativos tanto nacionales como internacionales y no siempre para reflejar la misma realidad. Esta confusión no es una mera cuestión terminológica, sino que, como advierte Miguel Ángel Verdugo, sobre estas expresiones subyacen una serie de valores y actitudes determinados³⁵.

Así, puesto que en muchas ocasiones las formas de referirse a la discapacidad son portadoras de una ideología subyacente que puede llegar a resultar discriminatoria e incluso estigmatizadora³⁶, tanto la Organización Mundial de la Salud como otros organismos e instituciones vienen trabajando en aspectos lexicológicos.

Ya en los primeros trabajos en materia de discapacidad de la OMS se advertía de la necesidad de suprimir un viejo hábito como es sustantivar situaciones adjetivas de la persona, por lo que se recomienda no referirse a las personas con discapacidad como “discapacitados”, pues esto termina por identificar a la persona con su discapacidad³⁷. De igual manera se recomienda usar de forma preferente el

³⁵ M. A. Verdugo Alonso, *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 5.

³⁶ Véase al respecto R. Luckasson, “Terminology and Power”, en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 52 y ss., así como T. Shakespeare, “What is a Disabled Person?”, en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Divers-ability and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 25 y ss.

³⁷ Véase la sección 1 de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), adoptada en 1976 por la XXIX Asamblea Mundial de la Salud, en su resolución 29.35 y publicada en 1980. Asimismo, la Organización Mundial de la Salud ha recalcado en trabajos más recientes la importancia de que los individuos no sean reducidos o caracterizados

término “persona con discapacidad” en lugar de “persona discapacitada”, pues la discapacidad como condición se tiene, pero no se es³⁸. Incluso, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “persona discapacitada” podría interpretarse erróneamente en el sentido de que se ha perdido la capacidad de funcionar como persona³⁹.

La expresión “persona con discapacidad” no sólo presenta menos connotaciones negativas que otros términos, sino que salvaguarda la sustantividad de la persona y el carácter adjetivo de la discapacidad⁴⁰. Así, el término “persona con discapacidad” es la expresión internacionalmente aceptada y recomendada para referirse a estas personas, por lo que, salvo referencias o citas literales, será el término que utilizaremos a lo largo de la presente investigación⁴¹.

Pero más allá del término concreto, conviene determinar qué debe entenderse por discapacidad o, más concretamente, por persona con discapacidad. No es una cuestión sencilla, puesto que el significado de dicho concepto ha variado dependiendo del momento y sobre todo, del modelo desde el que la discapacidad

sólo sobre la base de sus deficiencias, limitaciones en la actividad o restricciones en la participación. Véase el anexo 5 de la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada por la Asamblea Mundial de la Salud en su resolución 54.21, de 22 de mayo de 2001.

³⁸ Sin embargo, en ocasiones se ha defendido el uso de la expresión “persona discapacitada” por entenderse que refleja mejor el efecto discapacitante de las barreras sociales. Los defensores de dicha expresión, principalmente de origen anglosajón, argumentan que con este término se pone de manifiesto que, conforme al modelo social de la discapacidad, la persona ha sido discapacitada por la sociedad. Véase, por ejemplo, C. Barnes y G. Mercer, *Disability*, Cambridge: Polity Press, 2003, pp. 17 y 18.

³⁹ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, de 1994, párrafo 4 (E/C.12/1994/13).

⁴⁰ D. Casado Pérez, *Comunicación social en discapacidad. Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, 2003, p. 29 y J. L. Fernández Iglesias, *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, 2006, pp. 37 y ss.

⁴¹ Han surgido en los últimos años otras expresiones, como “personas dependientes” o “personas con capacidad diversa”, cuyo significado se ha solapado con el de “persona con discapacidad”. Sin embargo, son expresiones recientes que todavía no cuentan con una aceptación internacional generalizada.

ha sido objeto de tratamiento⁴². Las diferentes concepciones de la discapacidad no constituyen simples cambios en la terminología, sino que reflejan los cambios en la comprensión de la discapacidad, como resultado de la sucesión de los modelos expuestos⁴³.

En las últimas décadas se han sucedido diversos intentos de ofrecer un marco conceptual unificado que, al mismo tiempo, pudiera ser utilizado desde diversas disciplinas científicas. No obstante, debido a la complejidad del asunto, no se puede afirmar todavía que, pese a los esfuerzos, exista consenso internacional respecto a la definición de persona con discapacidad.

El primer intento con vocación internacional de conceptuar y clasificar la discapacidad lo realizó la OMS en 1980, al publicar con carácter experimental la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías* (CIDDM)⁴⁴. Los trabajos de elaboración de esta clasificación se habían iniciado años antes, con la finalidad de complementar el sistema de la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE)⁴⁵.

En la clasificación se diferenciaba entre deficiencias (*impairments*), discapacidades (*disabilities*) y minusvalías (*handicaps*)⁴⁶. Según la misma, discapacidad es “cualquier restricción o impedimento del funcionamiento de una

⁴² Véase M. Jones y L. A. Basser Marks, “Law and the Social Construction of Disability”, *op. cit.*, p. 4, así como A. Palacios y F. Bariffi, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁴³ S. Gorbeña (y otros), *El Derecho al Ocio de las Personas con Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 33; A. Hendriks y T. Degener, “The Evolution of a European Perspective in Disability Legislation”, 1 *European Journal of Health Law* (1994), p. 345; y A. M. Jette, “Toward a Common Language for Function, Disability, and Health”, 86 (5) *Physical Therapy* (2006), p. 727.

⁴⁴ Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), adoptada en 1976 por la XXIX Asamblea Mundial de la Salud, en su resolución 29.35 y publicada en 1980. CIDDM o CIDDM-1 es el acrónimo con el que se conoce la primera versión de la clasificación realizada por la OMS. También es posible encontrarla con las siglas ICIDH en su versión en inglés.

⁴⁵ Sobre el proceso de creación de la CIDDM y su aplicación inmediata, véase C. Egea García y A. Sarabia Sánchez, *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2001, pp. 15 y ss.

⁴⁶ El término *disability* se tradujo al español en un primer momento como “incapacidad” para ser sustituido posteriormente por “discapacidad”.

actividad, ocasionados por una deficiencia, en la forma o dentro del ámbito considerado normal para el ser humano”. Por su parte, con la deficiencia se hace referencia a cualquier “pérdida o anormalidad permanente o transitoria psicológica, fisiológica o anatómica de estructura o función”, mientras que la minusvalía describe aquella “incapacidad que constituye una desventaja para una persona dada en cuanto limita o impide el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales”⁴⁷.

La CIDDDM sigue el modelo de las consecuencias de las enfermedades, a través de una secuencia lineal⁴⁸. En esta secuencia, es la enfermedad o trastorno la que origina la aparición de una deficiencia, que dará lugar a una discapacidad que, a su vez, determinará la existencia de una minusvalía en el individuo. Resulta evidente la influencia de la Clasificación Internacional de Enfermedades, no sólo por los términos empleados, sino también por la relación de la discapacidad con la salud⁴⁹. Y sobre todo, por situar al individuo en el centro de la cuestión.

La CIDDDM gozó de una importante aceptación inicial, especialmente por parte de los profesionales de la salud, pero también por las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales. De hecho, la terminología y los conceptos de la clasificación se incorporaron al Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* que la Asamblea General adoptó en 1982⁵⁰.

Sin embargo, las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas mostraron desde un inicio su descontento hacia la CIDDDM⁵¹. Se criticaron varios aspectos de la clasificación. En primer lugar, su naturaleza

⁴⁷ CIDDDM, *cit.*

⁴⁸ Véase M. T. Jiménez Buñuales, P. González Diego y J. M. Martín Moreno, “La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001”, 76 *Revista Española de Salud Pública* (2002), p. 273.

⁴⁹ A. Hendriks y T. Degener, *op. cit.*, p 247.

⁵⁰ Resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

⁵¹ Véase, por ejemplo, M. Oliver, *The Politics of Disablement*, *op. cit.*, pp. 4 y ss.

unidimensional y lo inapropiado del esquema lineal para explicar la discapacidad⁵². En segundo lugar, el predominio de una perspectiva negativa, basada en las deficiencias de la persona y en sus limitaciones. En tercer lugar, el descontento hacia algunos de los términos empleados, así como la utilización del concepto “normalidad” como contrapunto a la minusvalía. Pero sobre todo, el hecho de que, aún teniendo la clasificación dimensiones sociales, no se considerase que la discapacidad pudiera tener su origen en ellas, sino que se configurase como consecuencia directa de la deficiencia⁵³. Así, la CIDDDM refleja plenamente el modelo individual para definir y clasificar la discapacidad, centrándose en las circunstancias médicas de la persona y prescindiendo de las barreras del entorno⁵⁴.

Todas estas críticas se fueron extendiendo y acentuando con el tiempo, a la vez que los defectos y limitaciones de la CIDDDM se hacían cada vez más evidentes⁵⁵. Como respuesta a las mismas, la OMS profundizó los trabajos de revisión de la clasificación hasta que en 2001 hizo pública una nueva versión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías: la CIDDDM-2, que ha

⁵² M. T. Jiménez Buñuales, P. González Diego y J. M. Martín Moreno, *op. cit.*, p. 273.

⁵³ M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”, en E. Alcáin, J. González-Badía y C. Molina (Coord.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada: Editorial Comares, 2006, p. 87.

⁵⁴ En este sentido, véase A. Hendriks y T. Degener, *op. cit.*, pp. 247 y 248, G. Stucki, A. Cieza y J. Melvin, “The International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF): A unifying model for the conceptual description of the rehabilitation strategy”, 39 *Journal of Rehabilitation Medicine* (2007), p. 279, y C. Thomas, “Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers”, en C. Barnes, M. Oliver, M. y L. Barton (eds.), *Disability Studies Today*, Cambridge: Polity Press, 2002, p. 41.

⁵⁵ En las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Asamblea General a través de su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993, se hace referencia expresa a algunos de los problemas que la CIDDDM de 1980 había planteado en la conceptualización de la discapacidad. Además, en la Introducción de las Normas Uniformes se precisa que “con la palabra *discapacidad* se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental”.

pasado a denominarse *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud* (CIF)⁵⁶.

La CIF tiene por objeto brindar un lenguaje unificado y estandarizado, y un marco conceptual para la descripción de la salud y los estados *relacionados con la salud*⁵⁷. Para ello, la CIF proporciona una descripción de un conjunto de situaciones relacionadas con el funcionamiento humano y sus restricciones, a la vez que sirve como marco de referencia para organizar esta información⁵⁸. La clasificación se estructura en dos partes, cada una de las cuales consta a su vez de dos componentes: en primer lugar, la relativa al Funcionamiento y Discapacidad, compuesta por el cuerpo y las actividades y la participación, y en segundo lugar, aquella referida a los Factores Contextuales, que pueden ser ambientales o personales⁵⁹. En este sentido, la CIF concibe el funcionamiento y la discapacidad de una persona como una interacción dinámica entre los estados de la salud y los factores contextuales⁶⁰.

A diferencia de la CIDDDM, basada en las consecuencias de las enfermedades, la CIF ha pasado a ser una clasificación de componentes de la salud⁶¹. Además, la nueva clasificación utiliza un lenguaje y unos conceptos más neutros que los de su predecesora. Por ejemplo, la CIF elimina el concepto de “minusvalía”, que es

⁵⁶ La LIV Asamblea Mundial de la Salud aprobó, a través de su resolución 54.21 de 22 de mayo de 2001, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud, que utiliza CIF como nuevo acrónimo.

⁵⁷ OMS, OPS y MTAS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, Madrid: MTAS, 2004, p. 3. En tanto la CIF describe la salud y los estados *relacionados con la salud*, su aplicación tiene vocación universal, esto es, es válida para cualquier persona, tenga o no discapacidad.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 8.

⁵⁹ Una descripción sobre el funcionamiento de la CIF puede encontrarse en A. M. Jette, *op. cit.*, pp. 730 y ss. así como en M. T. Jiménez Buñuales, P. González Diego y J. M. Martín Moreno, *op. cit.*, pp. 275 y ss.

⁶⁰ OMS, OPS y MTAS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, *op. cit.*, p. 9.

⁶¹ *Ibid.*, p. 4. Véase asimismo M. E. Del Campo Adrián, M. M. Saneiro Silva, y J. Roca Dorda, *Metodología para la aplicación de la CIF (clasificación internacional de funcionamiento discapacidad y salud)*, a una población específica, Madrid: Sanz y Torres, 2002, pp. 1 y ss.

sustituido por el de “participación”, mientras que la “discapacidad” deja de ser un componente de la clasificación⁶².

No obstante, el aspecto más característico de la CIF es el relativo a su enfoque, basado en la integración de los modelos individual y social de la discapacidad. Para ello, utiliza un enfoque “biopsicosocial”, tratando de conseguir una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social⁶³.

En consecuencia, la CIF se refiere a la discapacidad, no como un componente, sino como un término genérico global que determina el fenómeno multidimensional resultante de la interacción de las personas con su entorno físico y social⁶⁴. A efectos de la clasificación, la discapacidad “es un término genérico que incluye déficits, limitaciones en la actividad y restricciones en la participación. Indica los aspectos negativos de la interacción entre un individuo (con una “condición de salud”) y sus factores contextuales (factores ambientales y personales)”⁶⁵. Por lo tanto, una “persona con discapacidad” será, según la CIF, aquél individuo que, al interactuar con diversos factores contextuales, experimenta algún grado de limitación funcional o restricción⁶⁶.

Las posibilidades de aplicación de la CIF son muy amplias. De hecho, fue diseñada para poder ser utilizada desde las más diversas disciplinas y ramas científicas. Incluso la OMS considera la clasificación como un instrumento

⁶² Véase C. Barnes y G. Mercer, *Disability*, *op. cit.*, p. 15.

⁶³ OMS, OPS y MTAS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, *op. cit.*, p. 22. Véase igualmente C. Barnes y G. Mercer, *Disability*, *op. cit.*, p. 15, así como M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, *op. cit.*, p. 88. Sobre algunos intentos previos a la CIF de integrar ambos modelos, véase B. J. Lutz y B. J. Bowers, “Understanding How Disability is Defined and Conceptualized in the Literature”, en A. E. Dell Orto y Paul W. Power (ed.), *The Psychological and Social Impact of Illness and Disability*, Nueva York: Springer, 2007, pp. 16 y ss.

⁶⁴ OMS, OPS y MTAS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, *op. cit.*, p. 262.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 231.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 262. No obstante, la CIF no expresa una posición determinada en cuanto al término a emplear para referirse a estas personas, aludiendo al principio de que las personas tienen el derecho de ser llamadas como ellas elijan.

apropiado para desarrollar los mandatos internacionales sobre derechos humanos, así como las legislaciones nacionales⁶⁷. Por ello, la doctrina ha definido la CIF como el instrumento del funcionamiento y la discapacidad más comprensivo y novedoso⁶⁸.

Sin embargo, la CIF también ha recibido críticas. En primer lugar, porque aún cuando tiene en consideración los factores del entorno, el modelo individual y la *medicalización* de la discapacidad siguen muy presentes en la conceptualización de la misma⁶⁹. Y en segundo lugar, porque el esquema que sigue la CIF es quizá demasiado complejo para su correcta utilización por los operadores jurídicos, lo que dificulta su aplicación en el ámbito de los derechos humanos⁷⁰.

Por este motivo, cuando comenzaron los trabajos de preparación de un proyecto de Convención internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se cuestionó seriamente la idoneidad de incorporar un concepto no jurídico en un instrumento jurídicamente vinculante. Incluso, debido a la complejidad que suponía definir la discapacidad en un texto de esta naturaleza, surgieron importantes discrepancias respecto a la necesidad de incorporar dicho concepto⁷¹.

Finalmente se optó por no definir expresamente la discapacidad, aunque se decidió realizar una aproximación a la misma que reafirmase la apuesta por el modelo social. En el Preámbulo de la Convención se reconoce que “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

⁶⁷ *Ibid.*, p. 7. De hecho, en la propia CIF se menciona expresamente la incorporación de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

⁶⁸ G. Stucki, A. Cieza y J. Melvin, *op. cit.*, p. 280.

⁶⁹ C. Barnes y G. Mercer, *Disability*, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁰ Puede verse al respecto I. Biel Portero, “Discapacidad, Derecho internacional y ¿cooperación al desarrollo?”, en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (eds.), *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 138.

⁷¹ Véanse al respecto las pp. 111 y ss. de esta tesis.

participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁷².

Asimismo, en el artículo 1 de la Convención se especifica que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Esto es, no basta con tener una deficiencia para tener la consideración de persona con discapacidad, sino que, de acuerdo con el modelo social, es su interacción con determinadas barreras lo que puede llegar a impedir o limitar la participación social plena y efectiva de la persona.

De esta forma, a pesar de que en la Convención no se define qué es la discapacidad, sí se indica quienes están incluidos en el concepto “personas con discapacidad”, delimitando así su ámbito de aplicación personal. El hecho de referirse simplemente a unos supuestos determinados que quedan incluidos en dicho concepto, implica que dicha enumeración no es exhaustiva. En consecuencia, la Convención mantiene un concepto dinámico de “persona con discapacidad”, previendo expresamente un contenido mínimo, pero permitiendo a los Estados que amplíen o evolucionen dicho concepto.

No obstante, tampoco el hecho de prever en la Convención un concepto amplio y dinámico de “persona con discapacidad” ha evitado las críticas hacia el mismo. Por un lado, porque mantiene términos, como el de “deficiencia”, con una connotación marcadamente peyorativa⁷³. Por otro lado, porque el hecho de limitar el contenido mínimo del concepto de “persona con discapacidad” a aquellas personas con deficiencias a largo plazo restringe significativamente su alcance⁷⁴.

⁷² Letra e) del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷³ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 594.

⁷⁴ Véase M. Leonardi (y otros), “The definition of disability: what is in a name?”, 368 *The Lancet* (2006), p. 1220.

Incluso algunos autores, como Kayess y French, han reprochado que la protección específica que la Convención brinda a las personas con discapacidad, y no a las personas con deficiencias, supone una protección *post facto*, esto es, dirigida a aquellas personas que ya han sido objeto de discriminación u opresión⁷⁵. A su juicio, en tanto la discapacidad implica la existencia de unas barreras que limitan o restringen la participación de una persona con una deficiencia, quedarían excluidas del ámbito subjetivo de la Convención aquellas personas que, a pesar de tener una deficiencia, todavía no hubiesen experimentado dicha limitación. Sin embargo, este planteamiento no es del todo correcto, pues la Convención no exige en su artículo 1 que la interacción de la deficiencia con las barreras del entorno impida efectivamente la participación social de la persona, sino que basta con que dicha interacción “pueda” impedirla.

En conclusión, la Convención se aproxima a la discapacidad desde un enfoque basado, fundamentalmente, en el modelo social. Además, también se aprecia cierta influencia de la CIF, en tanto se reconoce que la discapacidad no tiene su único origen en las barreras del entorno, sino que es el resultado de la interacción entre aquellas y las deficiencias de la persona.

Sin embargo, el modelo individual de la discapacidad se encuentra todavía demasiado arraigado como para considerarlo superado⁷⁶. Sirva como ejemplo el fallo dictado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de una cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación del concepto de “persona con discapacidad”, a efectos de la Directiva 2000/78⁷⁷. El Tribunal de Justicia definió la discapacidad como una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se

⁷⁵ R. Kayess y P. French, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

⁷⁶ C. Barnes y G. Mercer, *Disability, op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ 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 (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16). Véanse las pp. 270 y ss. de esta tesis.

trate participe en la vida profesional”, requiriendo además “la probabilidad de que tal limitación sea de larga duración”⁷⁸.

Así, para el Tribunal, son las limitaciones derivadas de las circunstancias médicas de unas personas las que determinan que exista o no discapacidad, resultando irrelevantes las barreras u obstáculos de su entorno. El fallo del Tribunal de Justicia es más que criticable, y no sólo por ofrecer un concepto *medicalizado* de la discapacidad, sino por desconocer, ya entrado el siglo XXI, la existencia y aceptación del modelo social de la discapacidad.

En definitiva, resulta discutible afirmar que en la actualidad exista un concepto de “discapacidad” o de “persona con discapacidad” claro, conciso e internacionalmente aceptado. Sí existe cierta unanimidad, salvo algunas excepciones, respecto al reconocimiento de la validez del modelo social, o al menos, al aceptar que los factores contextuales son un elemento clave para determinar la existencia de una discapacidad.

La noción de discapacidad que utilizaremos en esta tesis se basa tanto en la CIF como en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, según el cual la discapacidad es un concepto global, que incluye las deficiencias, las limitaciones en la actividad o las restricciones en la participación, y que resulta de la interacción de las personas con su entorno⁷⁹.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas*, párrafos 43 y 45.

⁷⁹ Téngase en cuenta que a lo largo de la tesis se utiliza el término discapacidad en sentido genérico, incluso como sinónimo de deficiencia o limitación. Si bien esta práctica no es técnicamente coherente con respecto a las directrices fijadas en la CIF, la misma se justifica por la naturaleza jurídica de esta investigación. Con ello se pretende facilitar la lectura y comprensión al lector no especializado en la investigación médico-científica, así como utilizar un lenguaje acorde con la normativa y la práctica jurídica internacional en la materia.

2 DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y ESTRUCTURA

2.1 OBJETO DE ESTUDIO

Según estimaciones de Naciones Unidas, más de 650 millones de personas en el mundo tienen algún tipo de discapacidad. Además de numeroso, constituyen un grupo heterogéneo, pues la discapacidad puede presentarse a través de múltiples manifestaciones. Común a todas ellas es que no sólo encuentran enormes dificultades para poder ejercer sus derechos, sino que éstos son violados o negados con mayor frecuencia que los de quienes no tienen una discapacidad. Más que un grupo “hipotéticamente vulnerable”, las personas con discapacidad constituyen un grupo “sistemáticamente vulnerado” en sus derechos humanos.

El resultado es que estas personas no participan en condiciones de igualdad con las demás personas, quedando en muchas ocasiones excluidas de sociedades que ni aceptan ni valoran su diferencia. Ante esta situación, el Derecho, a través del reconocimiento y la protección de verdaderos derechos subjetivos, se ha convertido en instrumento necesario para superar los obstáculos que habitualmente encuentran estas personas. Dada la dimensión internacional del problema, resulta especialmente conveniente enfocar esta cuestión desde la óptica del Derecho internacional.

La presente investigación tiene por objeto analizar jurídicamente los derechos humanos reconocidos a las personas con discapacidad en la normativa internacional. Es evidente que, como seres humanos, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos que cualquier otra persona. Sin embargo, sus especiales necesidades o sus particularidades en el ejercicio de estos derechos han motivado que la regulación jurídica de los mismos haya estado vinculada a un tratamiento específico, el cual se analiza en esta tesis.

Con la finalidad de ofrecer una visión amplia y comprensiva, en primer lugar se analiza la normativa jurídica internacional en materia de discapacidad. Con ello

se da muestra del contenido y estructura de los instrumentos jurídicos internacionales que han reconocido y regulado unos derechos determinados a quienes tienen una discapacidad. A través de este análisis, puede observarse cómo la regulación internacional de la discapacidad ha evolucionado desde el modelo individual hacia el modelo social de la discapacidad, sustentado sobre una perspectiva basada en los derechos humanos.

En segundo lugar, se analizan los principales derechos humanos que, basados en la en la discapacidad, resultan de todo ese conjunto de normas jurídicas no siempre coherentes y coordinadas. Del contenido de estos derechos se aprecia una respuesta particular a las especialidades que para su ejercicio pueden precisar las personas con discapacidad. Con el propósito de ofrecer un mejor análisis de los mismos, se ha incidido especialmente en todas aquellas cuestiones o problemas jurídicos que guardan una especial vinculación con la discapacidad.

En este análisis jurídico me he ceñido a la perspectiva internacional universal y europea. Con ello, he limitado el objeto de investigación al estudio de la normativa jurídica aplicable en nuestro entorno jurídico, y el análisis de los derechos de los que son titulares los ciudadanos con discapacidad europeos, y más concretamente, españoles.

De este modo, en el ámbito internacional universal la investigación se extiende sobre la actividad normativa en materia de discapacidad desarrollada por las Naciones Unidas, así como por aquellos organismos y organizaciones integrantes de su sistema que han llevado a cabo una actividad específica relevante. En el ámbito regional europeo, el análisis se ha circunscrito al Consejo de Europa y la Unión Europea. No se han incluido otras organizaciones regionales europeas, bien por carecer de competencias en materia de derechos humanos o discapacidad, bien porque su actividad al respecto ha resultado poco significativa o irrelevante.

No se estudia en esta tesis la labor llevada a cabo por las organizaciones internacionales de otras regiones diferentes a la europea. Y no porque su actividad

en materia de discapacidad no sea significativa, puesto que, por ejemplo, la Organización de los Estados Americanos viene trabajando desde hace años al respecto⁸⁰. Esta ausencia se justifica en la voluntad de ofrecer un análisis coherente con el objeto de la tesis, en el que los instrumentos jurídicos examinados sean de aplicación al ciudadano europeo con discapacidad⁸¹.

Tampoco se analiza en esta investigación, salvo referencias, el Derecho español. Considero que su estudio hubiese resultado prematuro si tenemos en cuenta su estado actual de evolución en la regulación jurídica de la discapacidad. El ordenamiento jurídico español se ha ido adaptando a las nuevas regulaciones y tendencias internacionales en la materia, encontrándose todavía en pleno proceso. Su contenido y su adecuación a los estándares internacionales los estudio en la actualidad en el marco de un proyecto de investigación financiado por la Universidad Jaume I sobre la nueva perspectiva de derechos humanos de la discapacidad y su incidencia en la Comunidad Valenciana.

⁸⁰ En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, la OEA ha desarrollado, sobre todo en la última década, una loable labor para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. No en vano, ha sido la primera organización internacional en adoptar un tratado de derechos humanos específico sobre discapacidad: la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada el 7 de junio de 1999 en Ciudad de Guatemala, y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001. Véase al respecto C. Courtis, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 435-466; C. Courtis, “Disability Rights in Latin America and International Cooperation”, 9 *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas* (2003), pp. 109-130; H. V. Jiménez y J. Vásquez, “El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas”, 9 *Revista Panamericana de Salud Pública* (2001), pp. 264-271; así como P. Samaniego de García, *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid: CERMI, 2007.

⁸¹ No obstante, debe matizarse que no todos los instrumentos incluidos son de aplicación a todos los ciudadanos europeos. Téngase en cuenta que no todos los Estados europeos son miembros de todas las organizaciones internacionales cuya actividad se analiza en esta tesis, ni todos los Estados han firmado y ratificado la totalidad de los instrumentos convencionales examinados. Un ejemplo paradigmático resulta de la Carta Social Europea revisada de 1996, que todavía se encuentra pendiente de ratificación por España.

2.2 ESTRUCTURA

Tras esta primera aproximación a la discapacidad, la tesis se divide en dos grandes partes. La Parte I está dedicada al análisis jurídico formal de la normativa internacional en materia de discapacidad. La Parte II contiene el análisis material de los derechos humanos basados en la perspectiva de la discapacidad.

A su vez, la Parte I está dividida en dos capítulos. En el primero de ellos se analiza la acción normativa universal en materia de discapacidad. En primer lugar, se examina la labor desarrollada por las Naciones Unidas, diferenciando entre la normativa de naturaleza convencional y no convencional. También se incluye un apartado sobre las principales medidas de promoción de los derechos. En segundo lugar, se analiza la actividad de aquellas organizaciones y organismos del sistema de Naciones Unidas que han prestado una mayor atención a la situación de las personas con discapacidad, en especial, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Internacional de la Salud, y la UNESCO.

En el segundo de los capítulos, dedicado a la acción normativa europea, se estudian las principales normas jurídicas adoptadas, primero, por el Consejo de Europa, y segundo, en el ámbito de la Unión Europea. En el apartado dedicado al Consejo de Europa se analizan tanto los principales tratados europeos de derechos humanos, como la actividad de la organización relativa a la discapacidad, con especial atención a los trabajos desarrollados en el marco del Acuerdo Parcial en campo de lo social y la salud pública. En el apartado relativo a la Unión Europea, tras un análisis de la evolución en el enfoque comunitario de la discapacidad, se estudian los principales instrumentos jurídicos en la materia. Asimismo, por su trascendencia en el ámbito comunitario, se incluye un subapartado relativo a las políticas europeas en materia de discapacidad.

La Parte II de la tesis, dedicada al análisis jurídico material de los principales derechos humanos de las personas con discapacidad, también se divide en dos capítulos. En el primero de ellos se analizan los derechos civiles y políticos que,

basados en la perspectiva de la discapacidad, han sido reconocidos en la normativa jurídica internacional. Por su parte, el capítulo segundo contiene el estudio de los derechos económicos, sociales y culturales.

Como se verá, la utilización de la clasificación de los derechos humanos por categorías, según los Pactos Internacionales de 1966, no tiene otra finalidad que facilitar la claridad de la exposición. De hecho, diversos derechos analizados, como el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad o el derecho a la accesibilidad, podrían haber sido encuadrados en cualquiera de las dos categorías.

La ausencia de un apartado de la tesis específicamente dedicado al análisis de los mecanismos internacionales de control se justifica, por una parte, en la escasa atención que de forma tradicional han prestado a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Por otra parte, porque el único órgano de vigilancia específico, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, apenas acaba de constituirse, y todavía no ha comenzado a desempeñar sus funciones. En su lugar, los mecanismos de control se describen de forma sucinta en la Parte I de la tesis, junto con el instrumento o el órgano que los crea. Por otro lado, el contenido de los escasos pronunciamientos específicos en materia de discapacidad se examina en la Parte II de la tesis, en el marco del análisis material de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Finalmente, tras detallar las principales conclusiones a las que hemos llegado con este estudio, se incluye un apartado con las fuentes documentales y jurisprudenciales citadas, otro con las fuentes doctrinales utilizadas, y un último apartado con los principales sitios web de interés en la materia.

3 METODOLOGÍA Y FUENTES

3.1 METODOLOGÍA

Pese a que la metodología seguida responde fundamentalmente al método dogmático-jurídico, ésta difiere sensiblemente en cada parte de la tesis. En la Parte I, de naturaleza esencialmente descriptiva, se analiza la evolución de las normas internacionales en materia de discapacidad para determinar cuales resultan aplicables. Además se examina cómo el cambio de modelo de la discapacidad y la perspectiva de derechos humanos se manifiestan de forma concreta en dicha evolución. En la Parte II, cuya naturaleza es substancialmente dogmática, se utiliza una metodología analítica del contenido de las normas a la luz de la jurisprudencia, la doctrina, y la práctica establecida al respecto.

Quisiera destacar que una de las mayores dificultades que entraña esta investigación, aparte de la dispersión de los textos normativos, es la escasez de estudios previos. Sorprende la poca atención que la doctrina jurídica en general, y especialmente la iusinternacionalista, ha prestado tradicionalmente a las personas con discapacidad. Si bien ello plantea una dificultad añadida, también supone un incentivo para trabajar en un campo donde todavía queda mucho por hacer.

3.2 FUENTES

Para la realización de esta investigación se han utilizado como fuentes los tratados internacionales, los actos normativos de las organizaciones internacionales, así como otros documentos de naturaleza no normativa, la jurisprudencia y la doctrina que al final de la tesis se incluye. Téngase en cuenta que dentro del concepto de jurisprudencia incluyo, no sólo la jurisprudencia *stricto sensu* referida a las sentencias y decisiones de los tribunales internacionales, sino también las decisiones, observaciones y recomendaciones de los órganos de vigilancia de los derechos humanos.

Para poder llevar a cabo la labor investigadora que esta tesis supone he realizado diversas estancias, que me han permitido acceder y recopilar gran parte del material documental y bibliográfico empleado. Así, en primer lugar realicé una estancia en el Centre for Disability Studies de la Universidad de Leeds, en Reino Unido, donde cuentan con una de los mejores fondos bibliográficos en materia de discapacidad. También realicé una breve estancia en Ginebra, con el fin de consultar los materiales documentales de la biblioteca y los archivos de la Oficina de Naciones Unidas. De igual manera, he visitado en diversas ocasiones Estrasburgo y Bruselas, lo que me ha facilitado el acceso a gran parte de los documentos del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Parlamento Europeo o la Comisión Europea.

Además, como consecuencia del gran interés que mi director de tesis, el profesor Cardona, ha mostrado por dotar a la Universitat Jaume I de un fondo bibliográfico en materia de derechos humanos y discapacidad, desde el área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales hemos trabajado durante los últimos años en adquirir cuantas obras se han publicado al respecto. Actualmente, la biblioteca de esta universidad cuenta con un gran repertorio de publicaciones en la materia.

PARTE I

ANÁLISIS JURÍDICO FORMAL: LA ACCIÓN NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

1 ACCIÓN NORMATIVA UNIVERSAL

En este primer capítulo de la Parte I, dedicada al análisis jurídico formal de los principales instrumentos internacionales en materia de discapacidad, se incluyen los apartados relativos a la actividad normativa de ámbito universal desarrollada por la Organización de las Naciones Unidas, así como por las organizaciones y organismos que componen el sistema de Naciones Unidas.

1.1 NACIONES UNIDAS

En el marco jurídico internacional, las Naciones Unidas han desarrollado, prácticamente desde sus inicios, una importante labor para el reconocimiento y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. En ese sentido, cabe destacar el liderazgo que la Organización ha ejercido en la regulación internacional de estos derechos, cuyo impulso ha servido de estímulo a los Estados y a otras organizaciones internacionales para ofrecer una respuesta jurídica a la realidad de la discapacidad.

No obstante, los esfuerzos que históricamente han realizado las Naciones Unidas son de muy variada naturaleza, pues abarcan desde las medidas de carácter meramente asistencial hasta las más modernas tendencias, que conciben la discapacidad como *cuestión de derechos humanos*. Esta evolución en el tratamiento jurídico de la discapacidad ha alcanzado su punto culminante con la reciente adopción y entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tras una breve introducción histórica, en el presente capítulo se analizan los principales instrumentos normativos, tanto de naturaleza vinculante como recomendatoria, que Naciones Unidas ha adoptado con la finalidad de reconocer o

reafirmar los derechos humanos de las personas con discapacidad, así como las principales medidas de promoción de los mismos. Por su trascendencia tanto en el ámbito general de los derechos humanos como en la esfera concreta de la discapacidad, así como por su novedad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es objeto de una especial atención.

1.1.1 Introducción histórica

Los enfrentamientos durante la Segunda Guerra Mundial habían generado un gran número de discapacidades, lo cual suponía un seria preocupación para los Estados implicados que, considerando a aquellas personas como un *lastre* social y económico, trataban de minimizar el *problema* suponían. No existía una verdadera política sobre discapacidad y las iniciativas respondían a la caridad de los poderes públicos. En este contexto, la primera vez que Naciones Unidas trató de forma específica la cuestión de la discapacidad fue en 1950, cuando la Comisión Social, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, celebró su sexta sesión. En ella se estudiaron dos informes relativos a las discapacidades físicas⁸², así como la tarea realizada a cargo del *Programa Internacional para el Bienestar de los Ciegos*. Como consecuencia de estos trabajos, el Consejo Económico y Social creó diversos programas específicos de rehabilitación y tratamiento para las discapacidades físicas y visuales⁸³.

Durante los años siguientes la preocupación de la Organización fue centrándose en proporcionar asistencia técnica a los diferentes Estados en el tratamiento médico de las discapacidades. Prueba de ello fue la realización de diversos estudios y seminarios especializados, así como la creación en 1956 de la

⁸² “*The social rehabilitation of the handicapped*” y “*The social rehabilitation of the blind*”.

⁸³ Sobre las primeras actuaciones de Naciones Unidas en materia de discapacidad, véase M. R. Saulle, *The Disabled Persons and the International Organizations*, Roma: International Documentation Ent., 1981.

*International Social Service Review*⁸⁴. Sin embargo, la labor de las Naciones Unidas en aquella época, además de concentrarse de forma exclusiva en las discapacidades físicas y sensoriales, tuvo un carácter marcadamente asistencial. Su tratamiento, meramente rehabilitador, sólo era concebido desde las políticas de caridad o beneficencia de cada Estado, en las que la persona con discapacidad era contemplada como agente pasivo en este proceso.

El incipiente movimiento de las personas con discapacidad, a través de iniciativas propias, solicitó un cambio de perspectiva que incluyese su tratamiento como personas. Además se pidió mayor atención para el resto de discapacidades. Como consecuencia de esta reclamación, a finales de la década de los sesenta comenzó a producirse una reorientación de las políticas seguidas hasta entonces. Se potenció el desarrollo de los mecanismos de cooperación entre programas, agencias y organizaciones y, conforme a los movimientos sociales de la época, comenzó a sugerirse como objetivo a perseguir la integración social de las personas con discapacidad. De hecho, fue un logro que en la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social* de 1969 se hiciese referencia expresa a “los física y mentalmente impedidos”⁸⁵.

Sin embargo, a pesar del creciente interés por la discapacidad, ésta todavía era concebida de forma exclusiva como un elemento de la política asistencial y, en ocasiones, social de los Estados, sin vínculo aparente con la protección de los derechos y libertades fundamentales. Ello explica que no hubiese mención alguna a las personas con discapacidad en los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos* de

⁸⁴ Puede encontrarse una enumeración de las medidas específicas adoptadas en esta primera etapa en P. Durán Lalaguna, “El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas”, 45 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003), pp. 110 y ss.

⁸⁵ Artículos 11 y 19 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

1966⁸⁶, como tampoco la hubo en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948⁸⁷.

Fue en la década de los setenta cuando las personas con discapacidad comenzaron a ser reconocidas como sujetos titulares de derechos. A través de dos declaraciones, la Asamblea General pretendía orientar las actuaciones internacionales en la materia. En 1971 fue adoptada la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*⁸⁸, el primer instrumento específico de Naciones Unidas en el que se reconocieron derechos a las personas con discapacidad intelectual. Unos años más tarde, en 1975, fue proclamada la *Declaración de Derechos de los Impedidos*⁸⁹, que ampliaba el ámbito subjetivo a todas las personas con discapacidad. No obstante, ambas declaraciones, además de carecer de fuerza vinculante, adoptaron el enfoque individual propio del momento, en el que la prevención y la rehabilitación eran los aspectos cardinales en la regulación de la discapacidad. A los efectos de la Organización, las personas con discapacidad todavía eran individuos con problemas médicos cuya protección y asistencia debía ser asegurada por los Estados.

A través de su resolución 31/123, la Asamblea General de Naciones Unidas proclamó el año 1981 como *Año Internacional de los Impedidos*⁹⁰, con el objetivo de promover una mayor integración y participación de estas personas en la vida social. Con la celebración de este evento, además de lograr una mayor concienciación al respecto, se pretendía establecer el punto de partida para la creación de un plan

⁸⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 3 de enero de 1976 y el 23 de marzo de 1976 respectivamente.

⁸⁷ Adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.

⁸⁸ Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

⁸⁹ Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

⁹⁰ Resolución de la Asamblea General 31/123 de 16 de diciembre de 1976.

internacional, regional y nacional centrado en la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad.

Consecuentemente, la Asamblea General adoptó en 1982 el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*⁹¹, con el propósito de “promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad”. El Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* es una declaración de principios y directrices para la acción nacional e internacional en favor de estas personas. Además, junto con el Programa de Acción, la Asamblea General declaró el *Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992)*⁹², con el propósito de establecer un marco temporal que permitiese el desarrollo y ejecución de las actividades incluidas en el Programa de Acción Mundial, y celebrar al final del mismo una Conferencia internacional relativa a la discapacidad. El objetivo subyacente de estas iniciativas era establecer las bases para la aprobación de una Convención relativa a la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, pese a que se realizaron diversas propuestas concretas, no fue posible alcanzar dicho propósito⁹³.

Con todo, el impulso que supuso en la materia el Decenio y el Programa de Acción Mundial trajo consigo un salto cualitativo en los trabajos de la Organización, reafirmado con declaraciones como las *Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos* de 1989⁹⁴ o los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental* de 1991⁹⁵.

⁹¹ Resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

⁹² Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982.

⁹³ Véase al respecto el apartado de esta tesis relativo al proceso de creación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se enumeran las primeras iniciativas dirigidas a la elaboración de un tratado específico sobre discapacidad, pp. 99. y ss.

⁹⁴ Resolución de la Asamblea General 44/70 de 8 de diciembre de 1989.

⁹⁵ Resolución de la Asamblea General 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

Leandro Despouy, que había sido nombrado Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, presentó en 1993 su informe *Los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad*⁹⁶, en el que, además de analizar los resultados del Decenio, planteó de forma expresa la discapacidad como un problema de derechos humanos, en cuya solución debieran participar todos los órganos de vigilancia de aquellos. Esta afirmación, vanguardista en su momento, fue inmediatamente refrendada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general núm. 5 de 1994⁹⁷, por la extinta Comisión de Derechos Humanos a través de diversas resoluciones⁹⁸, por el Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social⁹⁹ o el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos¹⁰⁰. En cierta medida, este acontecimiento representa el cambio de paradigma en Naciones Unidas y la apuesta por el enfoque de derechos humanos.

Si bien es cierto que al final del Decenio no se consiguieron todos los objetivos propuestos, el principal fracaso fue la imposibilidad de elaborar el pretendido Convenio internacional sobre discapacidad. En su lugar la Asamblea General adoptó las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* de 1993¹⁰¹. A pesar de no poseer fuerza jurídica vinculante, este texto ha sido hasta fechas recientes el instrumento de referencia en la

⁹⁶ L. Despouy, *Human Rights and Disabled Persons*, Ginebra: Centre for Human Rights, 1993.

⁹⁷ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, de 1994 (E/C.12/1994/13).

⁹⁸ Concretamente, en sus resoluciones 1998/31, 2000/51, 2002/61, 2003/49, 2004/52 y 2005/65 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad. Con posterioridad, el Consejo de Derechos Humanos ha continuado la labor iniciada por la Comisión, reafirmando su compromiso en la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, tal como se desprende de su resolución de 28 de marzo de 2008 sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/L27).

⁹⁹ Informe del Relator Especial sobre supervisión de la aplicación de de las Normas Uniformes en el periodo comprendido entre 2000 y 2002 (E/CN.5/2002/4).

¹⁰⁰ 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 (E/CN.4/2005/82).

¹⁰¹ Resolución de la Asamblea General 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

regulación jurídico-internacional de la discapacidad, pues las Normas Uniformes son un caso paradigmático de la aplicación del modelo social de la discapacidad en el Derecho internacional.

Durante los años posteriores a la adopción de las Normas Uniformes fueron numerosas las decisiones y resoluciones que los órganos de Naciones Unidas vinculados a los derechos humanos dedicaron a las personas con discapacidad. Así, la Asamblea General, el ECOSOC, el Secretario General o la Comisión de Derechos Humanos se pronunciaron de forma reiterada sobre estas cuestiones¹⁰². Esta tendencia se ha ido afianzando hasta el punto que, en la actualidad, la discapacidad es un tema consolidado en el programa de trabajo de la Organización.

Pero, a pesar de los esfuerzos realizados, la objeción más importante que se realizaba a la labor desarrollada por las Naciones Unidas era la ausencia de un tratado general destinado a la promoción y protección global de los derechos de las personas con discapacidad¹⁰³. Era evidente que sin un texto vinculante de esta naturaleza, el ejercicio y respeto de los derechos de quienes tienen una discapacidad resultaba notablemente dificultado.

Por esa razón, en 2001, el gobierno de México propuso, primero en la Conferencia Mundial de Durban¹⁰⁴ y después ante la Asamblea General¹⁰⁵, la posibilidad de crear una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En su resolución 56/168, la Asamblea General decidió establecer un

¹⁰² Una enumeración de los principales documentos adoptados por los órganos de Naciones Unidas en la materia puede encontrarse en el sitio web de la Organización relativo a las personas con discapacidad: <http://www.un.org/spanish/disabilities>.

¹⁰³ Hay que tener en cuenta que el Convenio 159 de la OIT sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de las Personas Inválidas, de 20 de junio de 1983, pese a estar dirigido a las personas con discapacidad y gozar de naturaleza convencional, sólo se refiere a aspectos concretos relacionados con el empleo.

¹⁰⁴ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban (Sudáfrica), 31 de agosto a 7 de septiembre de 2001 (A/CONF.189/5).

¹⁰⁵ Propuesta presentada por el Presidente de México, Vicente Fox Quesada, durante el debate general de la Asamblea General, en su primera sesión del día 10 de noviembre de 2001 (A/56/PV.44).

Comité Especial para que examinara 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, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social”¹⁰⁶.

El Comité Especial celebró su primer período de sesiones en 2002, el cual fue dedicado al estudio de todas aquellas recomendaciones y opciones que los Estados, organizaciones internacionales y expertos habían formulado. Posteriormente, en su segundo periodo de sesiones, se acordó establecer un Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirviese de base para la negociación de la convención. El Grupo de Trabajo, que celebró su período de sesiones en enero de 2004, presentó su Proyecto de Convención al Comité Especial.

Durante el tercer periodo de sesiones del Comité Especial, celebrado en 2004, comenzaron las negociaciones sobre la base del Proyecto. Aquellas continuaron periódicamente hasta que en agosto de 2006, durante el octavo periodo de sesiones, el Comité Especial finalizó la negociación del Proyecto de Convención, que iría acompañada de un Protocolo facultativo. Tras realizar las modificaciones técnicas sugeridas por el comité de redacción, el Comité Especial adoptó el Proyecto definitivo.

Finalmente, la Asamblea General aprobó durante su sexagésimo primer periodo de sesiones la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* y su *Protocolo facultativo*¹⁰⁷. El proceso de firma y ratificación se abrió el 30 de marzo de 2007. La gran acogida del tratado pudo comprobarse a través de las 82 firmas

¹⁰⁶ Resolución de la Asamblea General 56/168 de 19 de diciembre de 2001 sobre una Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

¹⁰⁷ Resolución de la Asamblea General 61/106 de 13 de diciembre de 2006 por la que se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

que recibió ese mismo día. Esta enorme aceptación derivó en un hito para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad cuando el 3 de mayo de 2008, tras recibir su vigésima ratificación, la Convención entró en vigor.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que ya ha pasado a la historia por ser el primer Tratado de derechos humanos del siglo XXI, consta de 50 artículos a través de los cuales se reconoce un amplio catálogo de derechos de los que son titulares las personas con discapacidad, se establecen los principios que han de regir su aplicación, y se especifican las obligaciones de los Estados miembros. Asimismo, la Convención prevé la creación de un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que, para quienes adopten el Protocolo facultativo de la Convención podrá recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción.

1.1.2 Normativa no convencional

Durante las últimas cuatro décadas, la Asamblea General, tanto por iniciativa propia como mediante propuesta de otros órganos de Naciones Unidas, ha desarrollado un importante esfuerzo por regular en textos específicos los derechos de las personas con discapacidad. Estos instrumentos, adoptados por la Asamblea General a través de sus resoluciones, reciben diversas denominaciones, como declaraciones, principios o normas, entre otras¹⁰⁸.

El resultado de esta labor es un conjunto de instrumentos relativos a las personas con discapacidad que a pesar de ser muy diferentes entre sí, principalmente por el enfoque propio del momento en que se adoptaron, cuentan con una característica común, como es la falta de fuerza vinculante. No obstante, ello no significa que carezcan de valor alguno. En tanto son el reflejo de la voluntad

¹⁰⁸ Véase al respecto R. Hanski y M. Suksi, *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, Turku: Åbo Akademi University, 2004, pp 144 y ss.

de los Estados miembros de Naciones Unidas, poseen la autoridad que deriva de la opinión mayoritaria. Y aunque estas normas no establecen obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados, van sin embargo acompañadas de una pretensión de obligatoriedad política o moral. De hecho, en ocasiones estos instrumentos son la antesala para la adopción de un tratado internacional¹⁰⁹. Además, cumplen una función capital en la delimitación e interpretación de los derechos regulados con carácter vinculante en la Carta de Derechos Humanos¹¹⁰.

1.1.2.1 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL *RETRASADO MENTAL* DE 1971

El 20 de diciembre de 1971, la Asamblea General adoptó la Declaración de Derechos del *Retrasado Mental*¹¹¹. Cronológicamente, es el primer texto jurídico internacional que reconoce derechos por razón de discapacidad. Sin embargo, su articulado no fue tan original, pues viene a reproducir lo dispuesto en la Declaración de Derechos Generales y Específicos del *Deficiente Mental*, aprobada tres años antes por la antigua Liga Internacional de Asociaciones Protectoras de los Deficientes Mentales — actual Inclusión Internacional —. La Asamblea General tomó aquel documento como modelo que inspirase su primera actuación en la materia.

La Declaración está estructurada en siete artículos en los que se proclaman un conjunto de derechos de diversa naturaleza. El artículo 1 establece que “el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos”. Actualmente esta aclaración puede parecer obvia y quizá innecesaria, pero hasta aquel momento, nunca se había reconocido que los derechos de las personas con una discapacidad intelectual eran los mismos que los de cualquier persona. No obstante, la expresión “hasta el grado

¹⁰⁹ Véase M. Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2007, p. 658.

¹¹⁰ Sobre estas cuestiones, véase H. J. Steiner, P. Alston y R. Goodman, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 160 y ss.

¹¹¹ Resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

máximo de viabilidad” matiza notablemente el contenido del precepto. Para Lachwitz y Breitenbach, el significado de esta limitación se encuentra en el mismo artículo 7¹¹²:

“Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores”.

De su lectura se desprende que bajo ciertas condiciones los derechos de los *retrasados mentales* pueden limitarse o incluso suprimirse. Lo que no queda claro es quién y cómo decidirá sobre la necesidad de esas limitaciones, ni el contenido de las salvaguardas jurídicas que se aplicaran en los procedimientos, ni tampoco cómo se evaluará la “capacidad social” de cada persona.

Otros derechos reconocidos en la Declaración son los derechos a la atención médica y el tratamiento físico, la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación dirigida a desarrollar su capacidad y aptitudes (artículo 2). El artículo 3 reconoce el derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso, así como a desempeñar un empleo productivo. En el artículo 4 se hace mención al derecho que tienen estas personas a “residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio”, y se refiere a los supuestos de internación en establecimientos especializados para aquellos casos en que esa residencia no sea “posible”. Se añade que deberán “participar en las distintas formas de la vida de la comunidad”. La previsión del derecho a la participación en la sociedad supone un gran avance para el momento en el que se aprueba la Declaración y, como se verá, sólo a partir de etapas muy posteriores se hizo verdadero hincapié en ese derecho.

¹¹² K. Lachwitz y N. Breitenbach, *Derechos humanos y discapacidad intelectual*, Ferney-Voltaire (Francia): Inclusión Internacional, 2002, pp. 5 y ss.

Por otra parte, cuando resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes “el retrasado mental debe poder contar con la atención de un tutor calificado” (artículo 5). Por último, el artículo 6 prevé la obligación de proteger a estas personas “contra toda explotación y todo abuso o trato degradante”.

La Declaración cuenta con importantes limitaciones que, como recordaba Stanley Herr, se hacen más patentes con el paso de los años¹¹³. Para conseguir la unanimidad de la Asamblea General, fue necesario matizar sensiblemente el contenido concreto de los derechos. Así encontramos en el texto expresiones como “hasta el máximo grado de viabilidad”, “en la medida de sus posibilidades”, “en la mayor medida posible” o el mencionado artículo 7, expresamente previsto para la limitación o supresión de los derechos. Tampoco se define en la Declaración qué debe entenderse por “retrasado mental”. Podría pensarse que se está haciendo referencia a las personas con discapacidades mentales o intelectuales, pero no deja de ser una suposición. Esta imprecisión se debe, en parte, a la gran confusión terminológica característica de aquella época.

A pesar del reconocimiento de derechos, la Declaración no deja de ser un reflejo del modelo médico de la discapacidad. El texto parte de las circunstancias médicas de los *retrasados*, y se justifica en la necesidad de ayudarles. La calidad técnica de la Declaración es limitada como resultado de la falta de trabajos y estudios sobre la materia, lo cual se manifiesta en la confusión de conceptos y la falta de concreción de las medidas a seguir para la realización de los derechos contenidos. Además, por su naturaleza de declaración, carece de valor jurídico vinculante. Con los años su contenido se ha ido vaciando, siendo suplido y reemplazado por textos posteriores.

Sin embargo, la Declaración es citada con frecuencia, pues a pesar de todas las deficiencias que pueda presentar tiene el valor de ser el primer texto específico

¹¹³ S. S. Herr, “From Wrongs to Rights: Internacional Human Rights and Legal Protection”, en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *op. cit.*, p. 120.

declarativo de derechos de las personas con discapacidad, así como el primero en el que se reconoció que éstas debían gozar de “los mismos derechos que los demás seres humanos”. Así, en palabras de Herr, el texto es a la vez un conjunto de aspiraciones pionero y una expresión cada vez más obsoleta en relación con el estado actual de la materia¹¹⁴.

1.1.2.2 DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS IMPEDIDOS DE 1975

En 1975, cuatro años después de la Declaración de Derechos del *Retrasado Mental*, la Asamblea General aprobó la Declaración de Derechos de los *Impedidos*¹¹⁵. La Declaración de 1975 sigue una estructura similar a su predecesora, incluso algunos de sus artículos muestran un contenido idéntico. No obstante, al comparar ambas declaraciones se observa que ésta última es subjetiva y materialmente más amplia.

Subjetivamente, extiende el ámbito de aplicación a todos los *impedidos*. En el artículo 1 se define *impedido* como “toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales”. Esta definición es un ejemplo paradigmático del modelo médico de la discapacidad: es la deficiencia de las facultades físicas y mentales el motivo que incapacita a la persona para llevar a cabo una vida *normal*. Con el concepto de impedido se está describiendo la situación de las personas con discapacidad tal como eran concebidas hace más de treinta años. En consecuencia, debemos entender que al hablar de impedidos la Asamblea General pretendía referirse a las personas con discapacidad en general.

Como se ha visto, las primeras actuaciones de Naciones Unidas, desde la década de los cincuenta, fueron dirigidas a aquellas personas con discapacidades físicas y sensoriales. Sin embargo, la primera declaración de derechos únicamente hizo referencia a los *retrasados mentales*. Finalmente, a través de la Declaración de

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Derechos de los *Impedidos* se extendía el ámbito subjetivo a cualquier persona con discapacidad.

Desde el punto de vista material, la Declaración amplía el número de derechos y reduce las limitaciones a los mismos. El artículo 2 constituye un buen ejemplo:

“El impedido debe gozar de todos los derechos enunciados en la presente Declaración. Deben reconocerse esos derechos a todos los impedidos, sin excepción alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia”.

La rotundidad con la que se enuncia el artículo se reafirma al reconocer que “el impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana” (artículo 3) y “los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos” (artículo 4). Por vez primera comenzaba a vincularse el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas con discapacidad a su dignidad humana, y no a la *caridad* de los diferentes Estados. Pero estas afirmaciones son relativas. Hay una referencia expresa al artículo 7 de la Declaración de Derechos del *Retrasado Mental*, que resultará de aplicación a la hora de limitar o suprimir cualquiera de los derechos contenidos.

La mayor parte de los derechos reconocidos suponen una reiteración de los ya contenidos en la Declaración de 1971. El artículo 5 se refiere al derecho a lograr la mayor autonomía posible, y el 6, reconoce el derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, a la readaptación médica y social; a la educación, la formación y a la readaptación profesionales, y a las ayudas y servicios dirigidos a acelerar el proceso de integración o reintegración social. También vuelven a reconocerse los derechos a la seguridad económica y social, y a un nivel de vida decoroso, así como a desempeñar un empleo (artículo 7), el derecho a vivir en el seno de su familia o en un hogar que lo reemplace, previéndose la internación únicamente para aquellos supuestos en que “fuese indispensable” (artículo 9) y la

protección contra toda explotación, discriminación, trato abusivo o degradante (artículo 10).

No obstante, en el texto aparecen otros derechos más novedosos. El artículo 8 reconoce que “el impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social”, quien además, junto con su familia y su comunidad “deben ser informados plenamente, por todos los medios apropiados, de los derechos enunciados en la presente Declaración” (artículo 13). Por último el artículo 12 posibilita que las organizaciones integradas por estas personas sean “consultadas con provecho respecto de todos los asuntos que se relacionen con los derechos humanos y otros derechos de los impedidos”. Posiblemente, como advierte Rafael de Lorenzo, se trata de la primera vez que “se reconoce en este contexto el papel de las organizaciones de las personas con discapacidad en la consulta sobre el desarrollo de los derechos de las mismas”¹¹⁶.

Si bien es cierto que la Declaración introdujo importantes novedades, también lo es que reiteró algunos defectos de la Declaración predecesora. Nuevamente, el instrumento a través del cual se adoptó fue una resolución de la Asamblea General, por lo que tampoco gozó de fuerza jurídica vinculante. Además, pese a la referencia a la dignidad humana y el reconocimiento explícito de derechos por razón de discapacidad, tanto el concepto de discapacidad utilizado como el modo de regular esos derechos responden al modelo médico. Las personas con discapacidad son contempladas como individuos con problemas médicos, dependientes de la asistencia de los poderes públicos, para quienes la prevención y rehabilitación juega un papel todavía muy significativo¹¹⁷.

¹¹⁶ R. De Lorenzo, “La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional”, en Ruiz Ortega, M. (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003, p. 59.

¹¹⁷ En ese sentido, G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 12.

Aún así no hay que pasar por alto la importancia política, e incluso moral de este texto. Para Cooper y Vernon el verdadero valor de la Declaración radica en su papel de enlace entre la discapacidad y los derechos reconocidos en los Pactos Internacionales de derechos humanos¹¹⁸. Y es que, como se encargó de recordar Theresa Degener, con ambas Declaraciones se reconoció a las personas con discapacidad, por primera vez en la historia del Derecho internacional, como sujetos de derechos humanos¹¹⁹.

1.1.2.3 EL PROGRAMA DE ACCIÓN MUNDIAL PARA LOS IMPEDIDOS

La declaración de 1981 como “Año Internacional de los *Impedidos*” fue el punto de partida a través del cual se pretendía poner en marcha un plan de acción dirigido a la equiparación de oportunidades, la rehabilitación y la prevención de las discapacidades.

El 3 de diciembre de 1982, la Asamblea General aprobó el Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*¹²⁰, con el propósito de “promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de igualdad”¹²¹. Ese mismo día, la Asamblea General proclamó el periodo 1983-1992 Decenio de las Naciones Unidas para los *Impedidos*¹²². Con el mismo se pretendía establecer un marco temporal de acción que permitiese el desarrollo y ejecución de las actividades incluidas en el Programa de Acción Mundial.

¹¹⁸ J. Cooper y S. Vernon, *Disability and the Law*, Londres y Bristol (Pennsylvania): Jessica Kingsley Publishers, 1996, p. 36.

¹¹⁹ T. Degener, “International Disability Law – A New Legal Subject on the Rise: The Interregional Experts’ Meeting in Hong Kong, December 13-17, 1999”, 18 *Berkeley Journal of International Law* (1999), p. 187.

¹²⁰ Resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982.

¹²¹ Punto primero del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*.

¹²² Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982.

El Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* es una declaración de principios y directrices para la acción nacional e internacional a favor de las personas con discapacidad. Aunque el Programa no es un documento normativo vinculante para los Estados, entre las diferentes medidas que propone se encuentran las de naturaleza legislativa, las cuales han sido efectivamente llevadas a cabo en muchos casos.

El Programa es un instrumento extenso, compuesto de 201 párrafos que se estructuran en tres partes fundamentales: Objetivos, antecedentes y conceptos; Situación actual y Propuestas para la ejecución del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*.

En la Parte I (Objetivos, antecedentes y conceptos) se introducen aquellos conceptos previos necesarios para la posterior comprensión de las medidas que se desarrollan a lo largo del Programa. Como se precisa en el punto A, el propósito del Programa de Acción Mundial consiste en “promover medidas eficaces” con tres objetivos: la prevención de la discapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de participación plena e igualdad de las personas con discapacidad en la vida social y el desarrollo. El significado de estos objetivos se encuentra en los párrafos 10 a 12:

a) Prevención: “significa la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzcan deficiencias físicas, mentales y sensoriales (prevención primaria) o a impedir que las deficiencias, cuando se han producido, tengan consecuencias físicas, psicológicas y sociales negativas”.

b) Rehabilitación: es un “proceso de duración limitada y con un objetivo definido, encaminado a permitir que una persona con deficiencias alcance un nivel físico, mental y/o social funcional óptimo, proporcionándole así los medios de modificar su propia vida”.

c) Participación e igualdad plenas (equiparación de oportunidades): “significa el proceso mediante el cual el sistema general de la sociedad, tal como el medio

físico y cultural, la vivienda y el transporte, los servicios sociales y sanitarios, las oportunidades de educación y trabajo, la vida cultural y social, incluidas las instalaciones deportivas y de recreación, se hacen accesibles para todos”.

Para Quinn y Degener, el tercer objetivo “demuestra el cambio lento pero inexorable hacia un modelo basado en derechos”¹²³. En efecto, los objetivos de prevención y rehabilitación se encuadran de forma tradicional en el modelo médico o asistencial de la discapacidad. Como ya se vio en páginas anteriores, son paradigmáticas de este modelo las medidas que, centrándose en las circunstancias *médicas* de la persona, van dirigidas a evitar, superar o reducir la causa física de la discapacidad. Sin embargo el objetivo de participación e igualdad plenas parte de una premisa diferente, que se especifica en el párrafo 21. Para la consecución del mismo “no bastan las medidas de rehabilitación orientadas hacia los impedidos. La experiencia ha demostrado que es en gran parte el medio el que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona”. Por vez primera, se habla de las consecuencias del medio, esto es, del entorno, de las estructuras sociales, en relación con las limitaciones derivadas de la discapacidad. Con el Programa de Acción Mundial, la discapacidad comienza a ser contemplada internacionalmente desde el modelo social.

En el punto B (Antecedentes) de la Parte I y a lo largo de la Parte II se analiza la situación de las personas con discapacidad en el mundo. Se pone de manifiesto la importancia que puede tener la ejecución del Programa para terminar con la situación de “segregación y degradación” que arrastran millones de niños y adultos del mundo entero. Hay referencias explícitas a la especial gravedad de la situación de las personas con discapacidad en los países en desarrollo, a la vulnerabilidad que padecen las mujeres y los niños con discapacidad o la dificultad que cualquier persona con discapacidad tiene para acceder a derechos tan esenciales como la educación y el empleo. Entonces se hablaba de 500 millones de personas con

¹²³ G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 24.

discapacidad en el mundo. Actualmente, esa cifra supera los 650 millones de personas, y las situaciones de desventaja, exclusión y dependencia descritas siguen produciéndose de forma sistemática. Lamentablemente, es uno de los pocos apartados del Programa que no ha quedado obsoleto.

Otro de los apartados más brillantes del Programa es el punto C, dedicado a las definiciones. En el párrafo 6 se distingue entre *deficiencia*, *incapacidad* y *minusvalidez*. Para ello se toma como referencia la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías elaborada por la Organización Mundial de la Salud¹²⁴. Esto supone, en primer lugar, un esfuerzo por delimitar el ámbito objeto de regulación, cosa que no se había producido en anteriores instrumentos, y en segundo lugar, una actuación coordinada entre diferentes sujetos competentes en la materia (en este caso, la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud). Si bien esta clasificación resulta obsoleta en la actualidad, debe considerarse un acierto su inclusión en el Programa, no sólo porque le dotó de mayor coherencia técnica, sino porque contribuyó notablemente a la difusión de una concepción científica y unificada de la discapacidad.

La Parte III contiene las Propuestas de Ejecución del Programa, donde se diferencia entre las medidas nacionales y las internacionales. Respecto a las medidas nacionales, se recuerda que “a los Gobiernos nacionales incumbe la responsabilidad última de la aplicación de las medidas que se recomiendan en este apartado”, aunque se tiene en cuenta que “el plazo de ejecución y la selección de determinados aspectos para su aplicación prioritaria variarán entre unas naciones y otras, según la situación actual y sus limitaciones de recursos, grado de desarrollo socioeconómico, tradiciones culturales y capacidad para formular y ejecutar las medidas previstas en el Programa”. Las medidas que los Estados deben adoptar, a

¹²⁴ Véanse al respecto las pp. 21 y ss. de esta tesis.

través de programas diseñados en sus políticas generales, se sistematizan en siete campos:

- 1) Participación de los impedidos en la adopción de decisiones
- 2) Prevención de la deficiencia, la incapacidad y la minusvalidez
- 3) Rehabilitación
- 4) Equiparación de oportunidades
- 5) Acción comunitaria
- 6) Formación de personal
- 7) Información y educación pública

En el apartado relativo a la equiparación de oportunidades (párrafos 108 a 137) se explicitan las áreas donde es preciso garantizar el acceso a las personas con discapacidad. Estas áreas abarcan la legislación, el medio físico, la seguridad social, la educación y formación, el empleo, la recreación, la cultura, la religión y los deportes.

En España, sólo unos meses antes de la adopción del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*, fue aprobada la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)¹²⁵. En esta ley puede apreciarse la clara influencia de las Declaraciones de Naciones Unidas vistas *supra*, así como de algunos de los conceptos desarrollados durante el Año Internacional de los *Impedidos*¹²⁶.

En lo que respecta a la acción internacional, el párrafo 155 reconoce que “las metas de este Programa podrían alcanzarse más rápida, eficaz y económicamente

¹²⁵ BOE de 30 de abril de 1982.

¹²⁶ Puede encontrarse un interesante análisis de las coincidencias y divergencias entre la LISMI y el Programa de Acción Mundial en D. Casado Pérez, “El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad y la Ley de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)”, en S. Muñoz Machado (y otros), *La Integración Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1993, pp. 51-60.

mediante una estrecha colaboración” entre los gobiernos, organizaciones y entidades del sistema de las Naciones Unidas y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, incluidas las que representan a las personas con discapacidad o trabajan en su favor. Se presta además un interés especial a la asistencia interregional, regional y bilateral en beneficio de las personas con discapacidad.

Se pone además de manifiesto la relación que existe entre los derechos humanos y la discapacidad cuando en el párrafo 164 se advierte que “las organizaciones y los organismos del sistema de las Naciones Unidas encargados de la preparación y administración de acuerdos, pactos y otros instrumentos internacionales que puedan tener repercusiones directas o indirectas en los impedidos deben velar por que en tales instrumentos se tome plenamente en cuenta la situación de las personas impedidas”. Aunque la discapacidad todavía no era considerada una cuestión de derechos humanos, afirmaciones como la anterior son indicadoras de que se estaba gestando el cambio de paradigma.

Los párrafos 194 y siguientes están dedicados al control y evaluación del Programa, que se extiende a los niveles internacional, regional y nacional. Los expertos que elaboraron el Programa eran conscientes de la importancia que tenía establecer un mecanismo de supervisión para la consecución de los objetivos previstos. Para ello, entre otras medidas, en el párrafo 201 se prevé la revisión quinquenal de la aplicación del Programa de Acción Mundial sobre la base de un informe presentado por el Secretario General a la Asamblea. Básicamente, la finalidad del examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial consiste en informar sobre los progresos logrados en su aplicación, examinar y evaluar las tendencias de las políticas y programas relativos a la discapacidad, así como formular recomendaciones para promover los objetivos del Programa¹²⁷.

¹²⁷ Recientemente, el Secretario General presentó a la Asamblea General los resultados relativos al quinto examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* -que

El Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* puede ser considerado como la primera guía internacional que establece una política y una estrategia a largo plazo dirigida a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Destaca especialmente la calidad y profundidad de los trabajos de elaboración del Programa, más aún si se compara con las Declaraciones que unos años antes había aprobado la Asamblea General. Su influencia en los instrumentos jurídicos y políticas internacionales y nacionales posteriores ha sido notable. No es exagerado afirmar que el Programa de Acción Mundial supuso uno de los saltos cualitativos más importantes en materia de discapacidad, y puede ser considerado como el inicio del fin del modelo médico en las actuaciones de las Naciones Unidas. Sin embargo, a pesar de esa influencia teórica, la aplicación práctica del Programa no fue la esperada. Al carecer de fuerza vinculante para los Estados, los grandes propósitos se fueron diluyendo, y los resultados registrados en su ejecución pueden calificarse como discretos.

1.1.2.4 LAS DIRECTRICES DE TALLIN PARA EL DESARROLLO DE LOS RECURSOS HUMANOS EN LA ESFERA DE LOS IMPEDIDOS

Entre los días 14 y 22 de agosto de 1989 se celebró en Tallin la Reunión Internacional sobre los recursos Humanos en la Esfera de los *Impedidos*. En la misma fue aprobada una estrategia de nueve puntos, que contenían 56 directrices, con el propósito de promover la participación, la capacitación y el empleo de las personas con discapacidad. Unos meses después, la Asamblea General hizo suyas las Directrices de Tallin en su resolución 44/70¹²⁸.

El objetivo de las Directrices es el desarrollo de los recursos humanos en materia de discapacidad. Este desarrollo consiste, según se expone en la directriz 6, en un proceso que, vinculado al concepto de igualdad de oportunidades, persigue

ha pasado a denominarse “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”. Véase el Informe del Secretario General sobre el examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, de 28 de julio de 2008 (A/63/183).

¹²⁸ Resolución de la Asamblea General 44/70 de 8 de diciembre de 1989.

la realización de todas las posibilidades y capacidades de los seres humanos. El punto de partida radica en reafirmar la condición de ciudadanos de las personas con discapacidad y, por tanto, titulares de los mismos derechos y responsabilidades que los demás miembros de la sociedad. La apuesta por el modelo social de la discapacidad se hace evidente cuando en la directriz 8 se subraya que las personas con discapacidad “son agentes de su propio destino y no seres necesitados de protección”, añadiendo la necesidad de que tanto los gobiernos como las organizaciones adopten este enfoque en sus políticas y programas.

Las estrategias contenidas en las Directrices de Tallin se estructuran en nueve puntos:

a) Participación de las personas con *impedimentos* (directrices 10 a 13). Se pone de manifiesto la necesidad de que las personas con discapacidad puedan participar socialmente como ciudadanos de pleno derecho. Para ello los poderes públicos deberán adoptar normas jurídicas destinadas a eliminar las barreras físicas, así como facilitar el acceso a la información en formatos adecuados.

b) Promoción de las iniciativas de base (directrices 14 a 16). La finalidad de esta estrategia es fomentar, desde las comunidades locales, la participación de las personas con discapacidad y sus familias en organizaciones gubernamentales y no gubernamentales sobre la materia.

c) Promoción de un enfoque integrado (directrices 17 a 21). Esta estrategia, conocida en la actualidad como *mainstreaming*, supone incorporar la materia de discapacidad en todas las administraciones públicas y en cada uno de los niveles de elaboración de políticas y programas¹²⁹.

¹²⁹ El *mainstreaming* o transversalidad es un concepto de aparición relativamente reciente, cuyos orígenes se encuentran en las Conferencias Mundiales de la Mujer de Naciones Unidas. No obstante, su utilización se ha extendido a todos aquellos ámbitos relacionados con la integración y la igualdad de oportunidades. El *mainstreaming* es una estrategia dirigida a incorporar las políticas específicas de integración e igualdad en las políticas generales (empleo, salud, desarrollo, etc.), bajo una estrategia de carácter global. En ese sentido, relacionándola con la perspectiva de la discapacidad, debe entenderse como la incorporación de la dimensión de la discapacidad en todas las políticas sociales

d) Fomento de la educación y la capacitación (directrices 22 a 32). La educación, que es fundamental para la formación de todo ser humano, tiene un valor capital para quienes tienen una discapacidad. En las Directrices se parte de la educación integrada en centros ordinarios, y en la capacitación del personal docente con el fin de poder atender las necesidades especiales de cada persona.

e) Promoción del empleo (directrices 33 a 37). En las Directrices se pone un especial énfasis a la rehabilitación y la capacitación en el empleo. Las estrategias para fomentar el empleo se centran en la adopción de políticas y programas que fomenten la igualdad, previéndose en algunos supuestos, la adopción de medidas compensatorias.

f) Disposiciones para la financiación (directrices 38 y 39). Respecto a los recursos económicos con los que sufragar los gastos derivados de las actuaciones y medidas previstas en las Directrices, se parte de los presupuestos ordinarios sectoriales como regla general, previéndose con carácter excepcional la creación de fondos específicos.

g) Sensibilización de la comunidad (directrices 40 a 44). Aunque no se desarrolla con claridad suficiente cómo llevar a cabo la sensibilización de la sociedad en las cuestiones relativas a la discapacidad, sí se tiene en cuenta la importancia de ésta para superar el estado de estigmatización que sufren muchas personas.

h) Perfeccionamiento de la metodología para el desarrollo de los recursos humanos (directrices 45 a 50). Este perfeccionamiento supone, no sólo aprovechar los avances y las nuevas tecnologías para aplicarlas al ámbito de la discapacidad, sino también incluir mecanismos de vigilancia y evaluación de las políticas y programas propuestos.

y económicas. Una actuación conforme con este planteamiento exigiría, antes de la implantación de cualquier política general, examinar su repercusión a las personas con discapacidad.

i) Cooperación regional e internacional (directrices 51 a 56). La aplicación de las Directrices depende en gran medida de la acción concreta de cada Estado, aunque la colaboración regional e internacional puede aportar grandes beneficios, sobre todo en el marco de la cooperación al desarrollo.

A pesar de las incorrecciones terminológicas, especialmente graves en la traducción española del documento, las Directrices de Tallin fueron un instrumento moderno en su enfoque, bien estructurado, y técnicamente avanzado. Sin embargo su repercusión internacional fue mínima. Los Estados y las organizaciones internacionales apenas las tuvieron en consideración para sus actuaciones en la materia. La falta de fuerza vinculante hizo de ellas una mera declaración de intenciones.

En la actualidad las Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los *Impedidos* deben ser valoradas como un intento por desarrollar ciertos aspectos del Programa de Acción Mundial de los *Impedidos*, dentro del conjunto de actividades programadas para el Decenio Internacional de las Personas con Discapacidad. Hoy en día su vigencia es escasa, y apenas son recordadas o mencionadas en los textos jurídicos que a nivel internacional vienen adoptándose en materia de discapacidad.

1.1.2.5 LOS PRINCIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS ENFERMOS MENTALES Y EL MEJORAMIENTO DE LA ATENCIÓN DE LA SALUD MENTAL

En 1991, la Asamblea General adoptó los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹³⁰. En ellos se establecen las libertades fundamentales y los derechos básicos de las personas con discapacidad en el ámbito de la salud mental. Estos Principios fueron el resultado de un influyente estudio realizado, en el marco de las actividades del

¹³⁰ Resolución de la Asamblea General 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

Decenio Mundial de los *Impedidos*, por la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Erica-Irene Daes¹³¹.

Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental constituyen, para Quinn y Degener, un nuevo punto de partida en la percepción del papel de la legislación en la materia, en tanto en ellos “se da casi tanta importancia al trato positivo y a la calidad del trato como a cuestiones de interés más tradicionales”¹³². El texto consta de 25 principios, precedidos de una cláusula de aplicación, un apartado de definiciones y una cláusula general de limitación.

A diferencia de otras declaraciones, en los Principios se enumeran una serie de conceptos con la finalidad de dotar de mayor claridad terminológica al contenido material del texto. Se definen conceptos como “paciente”, “atención de la salud mental”, “institución psiquiátrica” o “representante personal”, entre otros. No se soluciona sin embargo un importante problema terminológico. No se define en el texto qué debe ser entendido por “enfermedad mental”. Únicamente se establece en el principio 4 que “la determinación de que una persona padece una enfermedad mental se formulará con arreglo a normas médicas aceptadas internacionalmente”. Lachwitz y Breitenbach advierten de la incorrección que implica agrupar bajo el término enfermedad mental realidades tan distintas como la discapacidad intelectual y la enfermedad mental, propiamente dicha. Para estos autores, del contenido material de los Principios se desprende que el ámbito subjetivo abarcaría no sólo a aquellas personas que padecen una enfermedad mental, sino también a quienes, por tener una discapacidad intelectual precisen de cuidados de salud mental¹³³. Por ese motivo, Hunt y Mesquita proponen utilizar el

¹³¹ “Los derechos humanos y el progreso científico y tecnológico - principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales” (E/CN.4/Sub.2/1983/17 y Add.1).

¹³² G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 26.

¹³³ K. Lachwitz y N. Breitenbach, *op. cit.*, p. 7.

término “discapacidad mental” para referirse a estos supuestos, pues además de ser técnicamente más correcto, resulta coherente con las directrices formuladas en la CIF¹³⁴.

En el principio 1 se enumeran los derechos y libertades básicos de cualquier persona que padezca una enfermedad mental. Estas personas “tienen derecho a la mejor atención disponible en materia de salud mental, que será parte del sistema de asistencia sanitaria y social” y serán tratadas “con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana”. Se prohíbe cualquier tipo de discriminación fundada en la enfermedad mental y se recuerda que, como personas, quienes padezcan una enfermedad mental tienen el “derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” así como de cualquier otro instrumento jurídico que les resulte de aplicación. A diferencia de lo que ocurría décadas atrás, el punto de partida en la regulación es la persona, y no su enfermedad o discapacidad. Este principio es reflejo del modelo social y de la perspectiva basada en el reconocimiento de derechos de la discapacidad, que paulatinamente se plasmaba con mayor claridad en los trabajos de los expertos en la materia.

En los principios 4 a 10 se regulan algunos de los aspectos básicos en la detección y tratamiento de la enfermedad mental. Tras el sometimiento al examen médico pertinente, que será siempre voluntario (excepto si en el derecho nacional está previsto un procedimiento autorizado), se determinará si la persona padece o no una enfermedad mental (principios 4 y 5). El diagnóstico se formulará — como se ha visto — con arreglo a las normas médicas internacionalmente aceptadas, y nunca podrá basarse en otro tipo de condiciones. Toda la información derivada de estas

¹³⁴ P. Hunt y J. Mesquita, “Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health”, 28 *Human Rights Quarterly* (2006), p. 336.

actuaciones tendrá carácter confidencial (principio 6). En caso de necesitar tratamiento el paciente “tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos” (principio 8). Además el tratamiento deberá ser lo “menos restrictivo y alterador posible” y estar basado “en un plan prescrito individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado” con el único fin de preservar y estimular la independencia personal de la persona (principio 9).

Una de las cuestiones más problemáticas en los Principios es la relativa al consentimiento informado. El principio 11 prohíbe administrar tratamiento alguno a un paciente sin su consentimiento informado. Por consentimiento informado debe entenderse aquel consentimiento “obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, acerca del diagnóstico y su evaluación, el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto, las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles, y los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto”. No obstante, se especifican cinco supuestos diferentes en los que no se precisará del consentimiento de la persona para someterla a tratamiento:

- a) Cuando se trate de un paciente involuntario, y una autoridad independiente constate, primero, que se encuentra incapacitado para prestar su consentimiento, y segundo, que el tratamiento propuesto es el más indicado para atender a sus necesidades sanitarias.
- b) Cuando el consentimiento sea otorgado por el representante legal facultado por ley.

- c) Cuando un profesional de la salud mental calificado y autorizado por ley determine que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas.
- d) Si debe ser sometido a un procedimiento médico u operación quirúrgica importantes, únicamente cuando lo autorice la legislación nacional, y se considere que ello es lo que más conviene a las necesidades de salud del paciente después de practicarse un examen independiente.
- e) Para ser sometido a un ensayo clínico o a un tratamiento experimental será necesaria la aprobación de un órgano de revisión competente e independiente que haya sido establecido específicamente con este propósito, y que el paciente esté incapacitado para dar su consentimiento informado.

Sin duda, la indeterminación de algunos de estos supuestos unida a las referencias a la legislación y autoridades nacionales hacen de este principio uno de los puntos débiles del texto¹³⁵. La gravedad de los supuestos en los que se puede tratar a una persona sin su consentimiento o contra el mismo debería haber implicado una regulación más detallada y garantista¹³⁶.

Otro de los aspectos controvertidos en los Principios es el relativo a la reclusión en instituciones psiquiátricas. En los principios 12 y 13 se enuncian los derechos y libertades de los que son titulares quienes ingresan en una de estas instituciones. Se parte en el principio 15 de la admisión voluntaria en estos centros, aunque el principio 16 prevé, bajo determinadas condiciones y garantías, la admisión involuntaria de una persona, esto es, el internamiento forzoso. Esta es una de las cuestiones más delicadas de cuantas se plantean en relación con las discapacidades mentales. Es por eso que en los principios correlativos son objeto de regulación las funciones del órgano de revisión, las garantías procesales, el derecho de queja o los recursos.

¹³⁵ En el mismo sentido, véase P. Hunt y J. Mesquita, *op. cit.*, p. 337.

¹³⁶ Sobre esta cuestión, véanse las pp. 483 y ss. de esta tesis.

Para Rosenthal y Rubenstein este es el reflejo de la tensión entre dos principios o valores característicos en las regulaciones relativas a la salud mental: la autonomía y el paternalismo¹³⁷. A lo largo de los Principios, puede apreciarse el conflicto existente entre el reconocimiento de derechos y libertades y los supuestos de internamiento o tratamiento forzoso. No obstante, a la hora de optar entre el tratamiento a través de la libertad o la coerción del Estado, tradicionalmente se ha optado por esta última opción, y es quizá la posición dominante en los Principios. Este es un reflejo más de la influencia del modelo médico, especialmente intensa en el ámbito de la salud mental

Por último, parece oportuno comentar el alcance de la cláusula general de limitación. Según la misma, los derechos reconocidos pueden estar sujetos a limitaciones, pero estas no serán otras que las “previstas por la ley que sean necesarias para proteger la salud o la seguridad de la persona de que se trate o de otras personas, o para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de terceros”. Aún así, los supuestos enumerados son tan extensos y ambiguos que hacen depender del arbitrio de cada Estado la limitación o no de un derecho.

Sin embargo, a pesar de los defectos vistos, los Principios deben valorarse de forma positiva. En primer lugar porque reconocen unos derechos que hasta el momento apenas habían sido contemplados en la normativa internacional. Además, estos derechos y libertades tienen un contenido más amplio de lo que cabía esperar en el momento en que fueron adoptados, más aún si son comparados con la legislación nacional vigente en la materia¹³⁸. Por su carácter innovador en el ámbito de la salud mental, su construcción teórica en el reconocimiento de derechos, y la

¹³⁷ E. Rosenthal y L. S. Rubenstein, “International Human Rights Advocacy under the «Principles for the Protection of Persons with Mental Illness»”, 16 (3-4) *International Journal of Law and Psychiatry* (1993), pp. 261 y ss.

¹³⁸ Un estudio comparado de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental y la legislación australiana en la materia puede encontrarse en S. Zifcak, “The United Nations Principles for the Protection of People with Mental Illness: Applications and Limitations”, 3 (1) *Psychiatry, Psychology and Law* (1996), pp. 1-9.

prohibición y restricción de prácticas habituales en muchos países, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental han sido considerados, en cierta medida, un triunfo para los derechos humanos¹³⁹.

En el principio 23 se establece que “los Estados deberán aplicar los presentes Principios adoptando las medidas pertinentes de carácter legislativo, judicial, administrativo, educativo y de otra índole, que revisarán periódicamente”. Sin embargo su naturaleza de resolución de la Asamblea General conlleva la falta de fuerza vinculante. Es por eso que los Principios no se han aplicado en la práctica como hubiese sido deseable. Cabe entonces preguntarnos por su verdadero valor. Para Rosenthal y Rubenstein radica fundamentalmente en su labor de internacionalización de los derechos relativos a la discapacidad mental y sobre todo, en su función como guía interpretativa de otros textos jurídicos dotados de fuerza vinculante¹⁴⁰. Añaden los autores que los Principios podrían desempeñar también un papel importante en la formación de la costumbre internacional en materia de salud mental, aunque si atendemos a la exigua trascendencia posterior de los mismos, resulta muy discutible.

1.1.2.6 LAS NORMAS UNIFORMES SOBRE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En 1987, coincidiendo con el ecuador del Decenio de la Naciones Unidas para los *Impedidos*, se celebró en Estocolmo una reunión de expertos orientada a examinar los resultados en la ejecución del Programa de acción Mundial para los *Impedidos*. Dado que los logros conseguidos estaban muy por debajo de lo esperado, y que el impacto inicial del Programa se había ido diluyendo con el paso de los años, en la reunión se planteó la necesidad de dar un nuevo impulso a la estrategia internacional en materia de discapacidad. Se pidió a la Asamblea General la

¹³⁹ E. Rosenthal y L. S. Rubenstein, *op. cit.*, p. 262.

¹⁴⁰ *Ibid.* pp. 269 y ss.

convocatoria de una conferencia dirigida a preparar una convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. La idea era crear un tratado de derechos humanos que los Estados ratificarían coincidiendo con la conclusión del Decenio. Pese a que lo pueda parecer, aquella no era una propuesta novedosa. Podría decirse que uno de los objetivos implícitos del Decenio era la preparación de una convención internacional dirigida a promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, los acontecimientos posteriores revelaron que aquél era un objetivo demasiado ambicioso. Tanto Italia como Suecia presentaron ante la Asamblea General sendos proyectos de convención internacional que fueron rechazados debido a la negativa de la mayoría de Estados a ratificar un instrumento de tal naturaleza¹⁴¹. Sus representantes consideraron que los instrumentos de derechos humanos existentes en aquel momento protegían suficientemente a las personas con discapacidad.

El ECOSOC, consciente de que, al aproximarse el final del Decenio, los objetivos del Programa de Acción Mundial distaban mucho de haber sido alcanzados, solicitó a la Comisión de Desarrollo Social la elaboración de unas “normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para los niños, los jóvenes y los adultos *impedidos*”¹⁴². Con ese texto se pretendía aprovechar los trabajos realizados durante el Decenio e impulsar el objetivo de plena integración social de las personas con discapacidad, presentándolo a la Asamblea General en 1993, durante su cuadragésimo octavo periodo de sesiones.

La Comisión de Desarrollo Social, mediante su resolución 32/2 de 20 de febrero de 1991 decidió establecer un grupo especial de trabajo de composición abierta, formado por expertos internacionales. En el proceso de creación de

¹⁴¹ Véanse las pp. 99 y ss. de esta tesis.

¹⁴² Resolución del Consejo Económico y Social 1990/26 de 24 de mayo de 1990.

aquellas normas participaron numerosos Estados, organizaciones internacionales y también no gubernamentales, en especial organizaciones representativas de las personas con discapacidad. Resultó paradójico que algunos de los Estados que meses atrás se habían opuesto a la elaboración de una convención internacional por considerarla innecesaria, mostrasen su apoyo a la nueva iniciativa tanto en los debates de la Asamblea General como a través de sus propuestas y contribuciones financieras¹⁴³.

El 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General aprobó las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad¹⁴⁴. El texto, que constituye uno de los instrumentos más importantes en la materia, consta de 22 artículos, precedidos de una Introducción y un Preámbulo.

En la Introducción aparece resumida la evolución de la política en materia de discapacidad. Se describe cómo hacia finales de los años sesenta comenzó a gestarse un nuevo concepto de la discapacidad. Este concepto, que responde al modelo social de la discapacidad, se caracteriza por resaltar la estrecha vinculación existente entre las limitaciones de las personas con discapacidad, el diseño y estructura del entorno y las actitudes sociales. Además, se hace un repaso de las principales actuaciones internacionales en la materia, hasta la formulación de las Normas Uniformes.

En la misma Introducción se incluye un apartado sobre la finalidad y el contenido de las Normas. En el párrafo 15 se especifica que “la finalidad de estas Normas es garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás”. Y se añade que, ante la existencia de barreras que reduzcan o impidan la participación de estas personas en la sociedad,

¹⁴³ Entre aquellos Estados se encontraban, por ejemplo, Alemania, Japón y Reino Unido.

¹⁴⁴ Resolución de la Asamblea General 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

“es responsabilidad de los Estados adoptar medidas adecuadas para eliminar esos obstáculos”. Se explicita que los Estados, normalmente a través de sus gobiernos, serán los máximos responsables en la aplicación de las Normas. De hecho, como se verá, las Normas Uniformes van dirigidas a los Estados a través de obligaciones concretas incluidas en los diferentes artículos.

Como ya sucedió con el Programa de Acción Mundial o los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, en las Normas Uniformes se definen algunos de los conceptos básicos utilizados a lo largo del texto.

En primer lugar, se definen los términos “discapacidad” y “minusvalía”. Según el texto, el término “discapacidad” resume “un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental” que pueden ser “de carácter permanente o transitorio”¹⁴⁵. Por su parte, la “minusvalía” es la “pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás” que “describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno”. Esta terminología, inspirada en la Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980, trata de sugerir un enfoque más próximo al modelo social de la discapacidad y clarificar la confusión existente en el uso de estos conceptos. Para ello se sirve, en gran parte, de la evolución eminentemente teórica registrada durante el Decenio y la ejecución del Programa de Acción Mundial.

Sin embargo, la diferenciación entre discapacidad y minusvalía no termina de ser satisfactoria. En el párrafo 20 de la Introducción se insta a que en futuras revisiones se profundice en la conveniencia de mantener en la clasificación el

¹⁴⁵ Párrafo 17.

término “minusvalía”, fuertemente asociado a la concepción médica de la discapacidad. De hecho, aún cuando la apuesta por el modelo social es importante, en las Normas Uniformes no termina de abandonarse aspectos propios del enfoque individual. Prueba de ello es que en los párrafos siguientes de las Normas se conceptúan objetivos tradicionalmente vinculados al modelo médico de la discapacidad, como son la prevención y la rehabilitación, junto con otro de origen más moderno: la igualdad de oportunidades.

La prevención aparece definida como “la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria)”. Por su parte la rehabilitación es “un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes”. La novedad frente a regulaciones anteriores es que tanto la prevención como la rehabilitación dejan de ser fines en sí mismas, para ser “requisitos para la igualdad de participación”, según se deduce del apartado I de las Normas¹⁴⁶.

El último concepto definido es el de “logro de la igualdad de oportunidades”. Este es el concepto clave de la regulación, que da nombre a las Normas Uniformes. El logro de la igualdad de oportunidades se describe como un proceso a través del cual “los diversos sistemas de la sociedad, el entorno físico, los servicios, las actividades, la información y la documentación se ponen a disposición de todos, especialmente de las personas con discapacidad”. En tanto las personas con discapacidad son miembros de la sociedad, en las que las necesidades de todos

¹⁴⁶ El apartado I de las Normas Uniformes lleva por título “Requisitos para la igualdad de participación” e incluye la mayor toma de conciencia (artículo 1), la atención médica (artículo 2), la rehabilitación (artículo 3) y los servicios de apoyo (artículo 4).

tienen la misma importancia, el principio de igualdad de derechos implica que “esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera de garantizar (sic) que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación”. Se añade en el texto que sólo a través del logro de la igualdad de derechos, las personas con discapacidad podrán asumir sus obligaciones y responsabilidad como miembros de la sociedad. Esta aclaración es valiosa, pues supone un abandono de la concepción de la persona que tiene una discapacidad como mero receptor de ayudas y servicios y una apuesta por su condición de ciudadano, capaz de realizar aportaciones a la sociedad a la que pertenece.

En el Preámbulo que sigue a la Introducción, tras recordar la necesidad de intensificar los esfuerzos por lograr la participación plena y el disfrute de los derechos humanos por las personas con discapacidad, se especifica el objeto perseguido con la aprobación de las Normas Uniformes:

- “a) Poner de relieve que todas las medidas en la esfera de la discapacidad presuponen un conocimiento y una experiencia suficientes acerca de las condiciones y necesidades especiales de las personas con discapacidad;
- b) Destacar que el proceso mediante el cual cada uno de los aspectos de la organización de la sociedad se pone a disposición de todos es un objetivo fundamental del desarrollo socioeconómico;
- c) Señalar aspectos decisivos de las políticas sociales en la esfera de la discapacidad, incluido, cuando proceda, el fomento activo de la cooperación económica y técnica;
- d) Ofrecer modelos para el proceso político de adopción de decisiones necesario para la consecución de la igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta la existencia de una gran diversidad de niveles económicos y técnicos, así como el hecho de que el proceso debe reflejar un profundo conocimiento del contexto cultural en el que se desarrolla y el papel fundamental que las personas con discapacidad desempeñan en dicho proceso;
- e) Proponer la creación de mecanismos nacionales para establecer una estrecha colaboración entre los Estados, los órganos del sistema de las Naciones Unidas, otros órganos intergubernamentales y las organizaciones de personas con discapacidad;
- f) Proponer un mecanismo eficaz de supervisión del proceso por medio del cual los Estados tratan de lograr la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”.

Estos objetivos se plasman a través de medidas concretas en el articulado de las Normas. Los 22 artículos que conforman las Normas Uniformes se estructuran en cuatro apartados diferentes: I. Requisitos para la igualdad de participación, II. Esferas previstas para la igualdad de participación, III. Medidas de ejecución y IV. Mecanismo de supervisión. Los apartados responden a cuatro etapas de desarrollo sucesivo para la adopción de medidas dirigidas a conseguir la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En el apartado I (Requisitos para la igualdad de participación) se describen los presupuestos sin los cuales resultaría inviable la participación en condiciones de igualdad. En el artículo 1 se obliga a los Estados a adoptar “medidas para hacer que la sociedad tome mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, sus necesidades, sus posibilidades y su contribución”. Para ello deberán poner en marcha campañas informativas relativas a sensibilizar a la sociedad en torno a la condición de ciudadanos que tienen las personas con discapacidad y, en consecuencia, de su igualdad en el ejercicio de derechos y asunción de obligaciones. El alcance de estas medidas abarcará desde los programas educativos hasta los medios de comunicación o las empresas privadas. Los artículos 2 y 3 se refieren a la atención médica y la rehabilitación. La atención médica está destinada a prevenir, reducir o eliminar los efectos perjudiciales de las *deficiencias*, mientras que con la rehabilitación, en relación con lo ya visto, se persigue alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad. Por último en el artículo 4 se regulan los servicios de apoyo. Estos servicios se refieren a los equipos y recursos auxiliares que los Estados deberán procurar o facilitar a las personas con discapacidad “a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en la vida cotidiana y a ejercer sus derechos”.

En el apartado II se incluyen las esferas previstas para la igualdad de participación, esto es, aquellos ámbitos en los que los Estados deberán garantizar la participación en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad. En el artículo 5 se obliga a los Estados a facilitar el acceso, tanto al entorno físico como a

la información y la comunicación. El artículo 6 responsabiliza a los Estados de la educación de las personas con discapacidad en todos los niveles. Se parte de la educación integrada como regla general, previéndose la enseñanza especial sólo para casos excepcionales. El derecho a un empleo productivo y remunerado se recoge en el artículo 7. Para su realización se prevén dos tipos de medidas. En primer lugar, la eliminación de disposiciones legislativas y reglamentarias que resulten discriminatorias para estas personas. En segundo lugar, impulsar la integración en el mercado de trabajo a través de acciones positivas, como la capacitación profesional, los sistemas de cuotas, exenciones fiscales, etc. También se apunta la opción de crear dependencias de empleo reservado. El artículo 8 responsabiliza a los Estados de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas con discapacidad, debiendo velar por que el sistema no les excluya ni discrimine. El artículo 9 es uno de los más vanguardistas del texto. Obliga a los Estados a promover la participación de las personas con discapacidad en la vida en familia, así como su derecho a la integridad personal, además de “velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación”. Pese a que las actitudes negativas de la sociedad estaban y continúan estando muy arraigadas en estos temas, en las Normas Uniformes se afirma con rotundidad que “las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos”. No tan novedoso es el artículo 10, que regula el derecho a participar en las actividades culturales en condiciones de igualdad. En una línea similar el artículo 11 está dedicado a la realización de actividades recreativas y deportivas. Por último, el artículo 12 se refiere a la participación en la vida religiosa de la comunidad.

Resulta llamativo que los derechos recogidos en las Normas Uniformes sean básicamente derechos económicos, sociales y culturales. Esto contrasta con el Preámbulo, en el que se hace mención a la Carta de Derechos Humanos

recordando que los derechos en ellos reconocidos, tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en los Pactos Internacionales, se deben conceder por igual a todas las personas sin discriminación. La ausencia de derechos civiles y políticos en las Normas podría justificarse en el hecho de que los derechos de primera generación poseen un mayor arraigo en las tradiciones constitucionales de los Estados, lo que podría llevar a pensar que su aplicación a las personas con discapacidad presenta menos problemas. Como se ha visto, ya en la Declaración de Derechos de los *Impedidos* se había afirmado, en su artículo 4, que las personas con discapacidad tienen “los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos”. Sin embargo Theresia Degener va más allá, y apunta a la existencia de un trasfondo teórico en la forma de concebir la discapacidad. Para la profesora alemana, las Normas Uniformes responden al planteamiento clásico que concibe la discapacidad como una cuestión de política económica y social, más que como una cuestión de derechos humanos. Esto se explica, en parte, por el hecho de que las Normas se elaborasen bajo los auspicios de la Comisión de Desarrollo Social en lugar de la Comisión de Derechos Humanos o su Subcomisión¹⁴⁷.

En nuestra opinión, si bien es cierto que la Comisión de Desarrollo Social, dependiente del ECOSOC, no parece el órgano más indicado para centralizar las cuestiones relativas a la discapacidad —función que sigue desempeñando en la actualidad—, cabe pensar en otras razones que justifiquen la ausencia de derechos civiles y políticos en el texto. El hecho de que las Normas fuesen elaboradas por notables expertos en la materia nos lleva a cuestionar el argumento de la profesora Degener, pues estas personas eran plenamente conocedoras de las teorías relativas a los modelos de la discapacidad¹⁴⁸. Hay que tener en cuenta que, tras fracasar el intento de elaboración de una convención, las Normas Uniformes no fueron

¹⁴⁷ T. Degener, “Disabled persons and human rights: the legal framework”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p 18.

¹⁴⁸ Véase el apartado “Antecedentes y necesidades actuales” de la Introducción de las Normas Uniformes.

creadas con la intención de ser un catálogo completo de derechos. Si atendemos al objeto de las mismas, incluido en el Preámbulo, con las Normas se buscaba “ofrecer modelos para el proceso político de adopción de decisiones necesario para la consecución de la igualdad de oportunidades” en el contexto del desarrollo socioeconómico. Es por eso que en las normas no se reconocen derechos de forma directa, sino indirecta, a través de la formulación de obligaciones y pautas de conducta para los Estados. Y éstas se centran en aquellos ámbitos donde los Estados, a través de sus políticas, tienen mayor margen de actuación, esto es, los ámbitos social y económico. Esta hipótesis se refuerza en el párrafo 1 del artículo 15, que advierte que los “los Estados tienen la obligación de velar por que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos, incluidos sus derechos civiles y políticos, en un pie de igualdad con los demás ciudadanos”.

Por otra parte, el apartado III de las Normas Uniformes contiene las medidas de ejecución que los Estados deberán llevar a cabo para hacer efectiva la igualdad de oportunidades en las esferas especificadas en el apartado anterior.

El artículo 13 obliga a los Estados a asumir la responsabilidad de reunir y difundir información relativa a las condiciones de vida de las personas con discapacidad a través de la elaboración de estadísticas periódicas y, en su caso, mediante la creación de bases de datos relativas a los servicios y programas disponibles. Además los Estados deberán fomentar la investigación relativa a los aspectos sociales, económicos y de participación relacionados con la discapacidad, así como la posterior difusión de los resultados obtenidos. En todos estos ámbitos debe facilitarse la participación directa de las personas con discapacidad.

En el artículo 14 se regula la inclusión de las cuestiones relativas a la discapacidad en todas las actividades normativas y de planificación correspondientes de cada país. Para ello, según el artículo 15, los Estados tienen la obligación de “crear las bases jurídicas para la adopción de medidas encaminadas a lograr los objetivos de la plena participación y la igualdad de las personas con discapacidad”. Por un lado, cada Estado deberá consagrar en su legislación los

derechos y deberes de las personas con discapacidad. Por otro lado, deberán ser eliminadas todas aquellas disposiciones que resulten discriminatorias contra estas personas¹⁴⁹.

En el artículo se incluyen tres opciones paradigmáticas a través de las cuales los Estados pueden regular los derechos y deberes en el ámbito de la discapacidad. La primera consiste en incorporarlos en la legislación general. La segunda en crear una legislación especial a tal efecto. Y la tercera, de naturaleza *mixta*, implicaría la combinación de ambos modelos. Esta última es la opción más extendida en los diferentes ordenamientos jurídicos, entre los que se encuentra el español.

También corresponde a los Estados la responsabilidad financiera de los programas y las medidas nacionales destinados a crear igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad (artículo 16). Una de las directrices a seguir en su política económica debe ser la de incluir las cuestiones relacionadas con la discapacidad en los presupuestos ordinarios de todos sus órganos ejecutivos. Según el artículo 19, los Estados deberán asegurar la capacitación de las personas implicadas en estas actuaciones, esto es, la adecuada formación, a todos los niveles, del personal que participe en la planificación y el suministro de servicios y programas relacionados con las personas con discapacidad

Otro de los aspectos regulados en la parte III de las Normas Uniformes es el de la coordinación de los trabajos. Según establece el artículo 17, los Estados son los responsables de establecer comités nacionales de coordinación o entidades análogas que centralicen a nivel nacional las cuestiones relacionadas con la discapacidad. Estos deberán reunir unas determinadas características, como tener carácter permanente y autónomo o estar regulados jurídicamente. En España el

¹⁴⁹ Un análisis del concepto internacional de no discriminación por razón de discapacidad puede encontrarse en el apartado relativo al derecho a la igualdad y la no discriminación, incluido en la Parte II de esta tesis, pp. 310 y ss.

organismo que desempeña este rol en la actualidad es el Consejo Nacional de la Discapacidad¹⁵⁰.

El artículo 18 se refiere a las organizaciones de personas con discapacidad. Los Estados deben reconocer tanto el derecho de las organizaciones de personas con discapacidad a representar a esas personas en los planos nacional, regional y local, como el papel consultivo de las mismas en el proceso de adopción de decisiones. En ese sentido, los Estados no sólo deberán promoverlas y apoyarlas, sino también mantener una comunicación constante con las mismas. Las diversas funciones que estas organizaciones podrán asumir incluyen “determinar necesidades y prioridades, participar en la planificación, ejecución y evaluación de servicios y medidas relacionados con la vida de las personas con discapacidad, contribuir a sensibilizar al público y a preconizar los cambios apropiados”.

El importante papel que las Normas Uniformes atribuyen a las organizaciones de personas con discapacidad es resultado de la gran influencia que éstas tuvieron en la elaboración del texto. El impacto de estas organizaciones en el proceso de redacción de las Normas puede apreciarse tanto en la terminología utilizada como en el contenido y el espíritu de las mismas¹⁵¹. Son diversos los conceptos utilizados en el texto cuyo origen se debe a las propias personas con discapacidad. El propio concepto de discapacidad basado en el modelo social es fruto del movimiento organizativo de las personas con discapacidad.

Además del artículo 18, específicamente dedicado a estas organizaciones, a lo largo de todo el apartado III de las Normas se incluyen referencias a la necesaria

¹⁵⁰ El Consejo Nacional de la Discapacidad es un órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, adscrito en un primer momento al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y establecido para garantizar la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración General del Estado, en orden a definir y coordinar una política coherente de atención integral para personas con discapacidad. El Consejo se regula por lo dispuesto en el Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre (BOE de 7 de septiembre de 2004) de acuerdo con lo previsto por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 de diciembre de 2003).

¹⁵¹ T. Degener, “Disabled persons...”, *cit.*, p. 13.

participación de las organizaciones de personas con discapacidad en la toma de decisiones que afecten a sus derechos. Pero para Degener, quizá el aspecto más importante de la *filosofía* desarrollada por el movimiento internacional de la discapacidad que se incorporó a las Normas fue el concepto de igualdad y no discriminación¹⁵². Este concepto, originario del movimiento por los derechos civiles, fue tomado del activismo afroamericano y feminista de la década de los sesenta y los setenta en Estados Unidos, y aplicado al ámbito de la discapacidad¹⁵³.

Los artículos 21 y 22 están dedicados a la cooperación técnica y económica e internacional. El primero de los artículos se refiere a la cooperación al desarrollo, obligando a los Estados, sea cual sea su nivel de industrialización, a cooperar y adoptar medidas que mejoren las condiciones de vida de las personas con discapacidad en los países en desarrollo¹⁵⁴. Por su parte, el artículo 22 prevé la participación de los Estados en la elaboración de una política relativa a la discapacidad, principalmente en el seno de Naciones Unidas. Con el fin de lograr la igualdad de oportunidades, los Estados deberán fomentar el intercambio de experiencias y conocimientos entre organizaciones, organismos e instituciones, y velar por que la discapacidad sea incluida como tema de trabajo de todas las organizaciones internacionales de las que sean miembros.

Uno de los aspectos más destacables de las Normas Uniformes es el relativo a su supervisión. En primer lugar, en el artículo 20 se regula la supervisión a nivel nacional. De acuerdo con el artículo, serán los Estados los “responsables de evaluar y supervisar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de la igualdad de oportunidades para las

¹⁵² *Ibid*, p 15.

¹⁵³ Un estudio de este movimiento en materia de discapacidad puede encontrarse en P. Blanck y M. Millender, “Before Disability Civil Rights: Civil War Pensions and the Politics of Disability in America”, 52 *Alabama Law Review* (2000), pp. 1-50.

¹⁵⁴ Un estudio sobre la perspectiva de la discapacidad en la cooperación al desarrollo puede encontrarse en I. Biel Portero, “Discapacidad, Derecho internacional y ¿cooperación al desarrollo?”, en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (eds.), *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 135-162.

personas con discapacidad”. Para ello, tras establecer los criterios oportunos, deberán evaluar “periódica y sistemáticamente” los programas que hayan llevado a cabo, y difundir los resultados obtenidos.

Pero las Normas van más allá, y en el apartado IV se incluye un mecanismo de supervisión a nivel internacional. Con el fin de promover su aplicación efectiva, en las Normas se prevé el nombramiento de un Relator Especial que, ayudado por un grupo de expertos, vigilará su cumplimiento por los Estados, organizaciones internacionales y no gubernamentales¹⁵⁵. Para ello se prevé que el Relator envíe listas de preguntas a los Estados y organizaciones que estime necesarias para, tras analizar las respuestas, elaborar los informes que considere oportunos. Este mecanismo de vigilancia diferencia a las Normas Uniformes de otras resoluciones y declaraciones de la Asamblea General, y las asemeja formalmente a los tratados internacionales de derechos humanos¹⁵⁶.

El Relator Especial, que es nombrado por el Secretario General por un periodo de tres años renovables¹⁵⁷, viene supervisando la aplicación de las Normas Uniformes dentro del marco de los períodos de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social, que es una de las comisiones orgánicas del ECOSOC¹⁵⁸. Anualmente, presenta a dicha Comisión un informe en el que se contienen las conclusiones sobre la promoción y la supervisión de la aplicación de las Normas

¹⁵⁵ Con la creación de la figura del Relator Especial se dio parcialmente respuesta a la propuesta que Leandro Despouy, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, había formulado respecto a la creación de un *Ombudsman* internacional sobre discapacidad. Véase L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 281 y ss.

¹⁵⁶ No debe confundirse la figura del Relator Especial para la vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes, también conocido como Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social, con el Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías, nombrado en 1984 con el encargo de realizar de un estudio relativo a la relación entre los derechos humanos y la discapacidad, del que ya se ha hablado.

¹⁵⁷ Mientras que el nombramiento del Relator Especial encargado de la vigilancia de las Normas Uniformes corresponde al Secretario General, es la Comisión de Desarrollo Social el órgano que decide la renovación del cargo.

¹⁵⁸ El primer Relator Especial que ocupó el cargo fue el sueco Bengt Lindqvist (desde 1994 hasta 2002), quien, tras ser renovado en tres ocasiones, terminó cediendo el cargo a la catarií Sheikha Hessa Al-Thani (desde 2003 hasta la actualidad).

Uniformes y, así como las oportunas recomendaciones acerca de su desarrollo posterior.

A pesar de sus importantes limitaciones, resultantes de la falta de fuerza vinculante de las Normas Uniformes y de la escasez de recursos económicos para el ejercicio de su cargo, el Relator Especial ha desempeñado una importante función de supervisión de la aplicación de la normativa internacional en materia de discapacidad. De hecho, hasta la reciente creación del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Relator Especial de las Normas Uniformes ha sido el único mecanismo específicamente orientado a fiscalizar el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

Como ya se ha avanzado, en las Normas Uniformes termina de fraguarse, en el plano internacional, el cambio de enfoque en el modo de concebir la discapacidad. Como describe Lindqvist¹⁵⁹, las Normas resumen el mensaje del Programa de Acción Mundial añadiendo el desarrollo teórico producido durante la década. Sobre todo, se incorpora con énfasis la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad. De esta manera, el cambio de modelo que comienza con el Programa de Acción Mundial se consolida con la aprobación de las Normas Uniformes. Aunque quedan vestigios del modelo individual de la discapacidad, la proclamación formal y material del modelo social y de derechos hicieron de las Normas el mejor texto internacional de vocación universal en la materia, sólo superado por la recientemente aprobada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo el valor jurídico del texto es relativo. Su naturaleza es la de una resolución de la Asamblea General, por lo que no es jurídicamente vinculante para

¹⁵⁹ B. Lindqvist, "Standard Rules in the disability field – a new United Nations instrument", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 66.

los Estados¹⁶⁰. Pero como se advierte en la Introducción, las Normas “llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades”. Se añade que “aunque no son de cumplimiento obligatorio, estas Normas pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional”. Pero lo cierto es que resulta utópico que los derechos de las personas con discapacidad, tradicionalmente ignorados y vulnerados, pudiesen llegar a convertirse en vinculantes por medio de la costumbre. El reconocimiento de esta posibilidad, bienintencionada pero remota, es fruto de la vocación original del texto como instrumento jurídicamente vinculante que, como se vio, no recibió el apoyo necesario por parte de los Estados.

Pueden constatarse algunos defectos en el texto, como la falta de claridad al definir discapacidad y minusvalía o las importantes referencias a aspectos tradicionalmente vinculados al modelo médico de la discapacidad. Además, como advirtió Stanley Herr, existe una notable confusión terminológica entre los mandatos dirigidos a los Estados, que no siempre tienen el mismo grado de obligatoriedad¹⁶¹. Se habla de obligaciones pero también del deber de esforzarse, de velar, de reconocer, de promover, etc. Sin embargo, a pesar de estos defectos, o de la falta de fuerza vinculante, que deja en manos de la voluntad de cada Estado su aplicación, las Normas Uniformes han sido uno de los mejores textos internacionales en materia de discapacidad. De ellas destaca su calidad técnica y coherencia. Igualmente, en ellas se incorporaron aspectos novedosos como la apuesta expresa por el nuevo modelo de la discapacidad, se identificó explícitamente a los Estados como responsables de garantizar la igualdad de

¹⁶⁰ Por ese motivo, algunos autores, como Michailakis, han definido a las Normas como un “*rather weak instrument*”. D. Michailakis, “The Standard Rules: a Weak Instrument and a Strong Commitment”, en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, p. 122.

¹⁶¹ S. S. Herr, “From Wrongs to Rights...”, *cit.*, p. 124.

derechos y deberes para las personas con discapacidad o se incluyó la figura de un relator especial para su vigilancia. Su influencia y trascendencia han sido formidables, hasta el punto de inspirar un gran número de normativas nacionales e internacionales. Por ejemplo, la nueva estrategia de la Unión Europea en materia de discapacidad parte de los principios incluidos en las Normas¹⁶². En España, la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad¹⁶³, también es un claro ejemplo del influjo de las Normas Uniformes.

1.1.3 Normativa convencional

Con la finalidad de dotar a los derechos humanos de una base jurídica sólida, estos se han ido regulando de forma progresiva en instrumentos de naturaleza convencional, y por tanto, vinculantes para aquellos Estados que han prestado su consentimiento. Este proceso codificador, que comenzó prácticamente con la creación de las Naciones Unidas, se ha caracterizado por su continua profundización y especialización¹⁶⁴.

El régimen general de derechos humanos de Naciones Unidas se contiene en tres instrumentos básicos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo conjunto se conoce como la Carta de Derechos Humanos.

Igualmente, el marco institucional que proporciona la Organización ha propiciado la adopción de numerosos instrumentos convencionales *específicos* dirigidos, bien a prohibir y sancionar aquellos actos particularmente lesivos para la

¹⁶² Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad (COM (2000) 284 final).

¹⁶³ BOE de 3 de diciembre de 2003.

¹⁶⁴ Véase M. Díez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2007, pp 654 y ss.

dignidad humana, bien a proteger a aquellos grupos humanos más vulnerables a la violación de sus derechos¹⁶⁵. Entre estos últimos figura la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que constituye el instrumento más relevante de cuantos se han adoptado en el ámbito de la discapacidad.

1.1.3.1 LA DISCAPACIDAD EN LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS

Como seres humanos, las personas con discapacidad son titulares de todos y cada uno de los derechos reconocidos en los tratados generales de derechos humanos. La universalidad de los derechos incluidos en estos instrumentos implica que cualquier persona, con independencia de su discapacidad, debe poder ejercerlos y verlos respetados. Sin embargo, al igual que ha sido reconocida la especificidad de determinadas situaciones o grupos de personas, no ha ocurrido lo mismo con las personas con discapacidad, de forma que en los tratados generales de derechos humanos no hay, con la excepción del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño y, obviamente, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, referencia alguna a la discapacidad¹⁶⁶.

Comenzando por la Carta de Derechos Humanos, formada por la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁶⁷, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶⁸, puede aseverarse que la discapacidad fue totalmente ignorada en sus

¹⁶⁵ Véase Remiro Brotóns, A. (y otros), *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, pp. 1189 y ss.

¹⁶⁶ Un análisis completo del uso actual de los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad puede encontrarse en G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, así como en C. Parra Dussan (y otros), *Derechos Humanos y Discapacidad*, Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 279 y ss.

¹⁶⁷ Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

¹⁶⁸ Adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 3 de enero de 1976 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el 23 de marzo de 1976 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

preceptos. No obstante, la redacción de los diferentes artículos permite su aplicación a cualquier persona, tenga o no una discapacidad.

El artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, lo que implícitamente significa que las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos que cualquier otra persona. Además, en la redacción del derecho a la no discriminación reconocido en el artículo 2 de la Declaración se advierte que:

”1. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

No aparece la discapacidad entre las condiciones mencionadas, pero sin duda puede quedar recogida en la expresión “cualquier otra condición”, que actúa como verdadero *numerus apertus* del precepto. Esto mismo se repite en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con la única salvedad de que se añade a “condición” el calificativo “social”.

Por su parte, el artículo 25.1 de la Declaración Universal se refiere a la invalidez al reconocer que:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Sin embargo, el concepto de *invalidez* que aquí se menciona es un concepto impreciso, coherente con la concepción de la discapacidad en aquel momento. Además, la referencia está más próxima a la política sanitaria y social que al reconocimiento real derechos.

También en relación con el derecho a la salud, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” en su artículo 12.1, aunque en el apartado siguiente, al señalar algunos de los objetivos que deberán perseguir los Estados al adoptar medidas concretas, no aparece mención alguna relativa a la discapacidad.

Por último, cabe destacar que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene el derecho de las minorías lingüísticas a “emplear su propio idioma” y a “tener su propia vida cultural”, lo cual pudiera constituir una importante herramienta para las personas que utilizan el lenguaje de signos, sobre todo si tenemos en cuenta las últimas tendencias que apuestan por oficializar este lenguaje.

A pesar de que no se afirma expresamente, es obvio que los derechos recogidos en los Pactos son de aplicación a cualquier persona con discapacidad, pues, como se reconoce en sus Preámbulos, se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. De hecho, así lo han constatado los órganos de vigilancia de estos tratados. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general núm. 5, relativa a las personas con discapacidad, reafirmó que, a pesar de la omisión, “como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto”¹⁶⁹.

También en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, además de reconocer la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, se planteó su relación con la discapacidad. Con la voluntad de

¹⁶⁹ E/C.12/1994/13 (1994), párrafo 5.

disipar cualquier duda al respecto, en el párrafo 63 de la Declaración y Programa de Acción de Viena se afirmó lo siguiente¹⁷⁰:

“La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, por lo que comprenden sin reservas a las personas con discapacidades. Todas las personas nacen iguales y tienen el mismo derecho a la vida y al bienestar, a la educación y al trabajo, a vivir independientemente y a la participación activa en todos los aspectos de la sociedad. Por tanto, cualquier discriminación directa u otro trato discriminatorio negativo de una persona discapacitada es una violación de sus derechos. La Conferencia pide a los gobiernos que, cuando sea necesario, adopten leyes o modifiquen su legislación para garantizar el acceso a estos y otros derechos de las personas discapacitadas”.

Sin embargo, la ausencia de referencias expresas en la Carta de Derechos Humanos ha provocado que, sobre todo en el ámbito interno, apenas se hayan aplicado estos instrumentos a quienes tienen una discapacidad. Entre otras razones, porque no siempre se ha entendido que estos preceptos generales fuesen de aplicación a las situaciones y necesidades especiales de estas personas¹⁷¹.

Junto a la Carta de Derechos Humanos, se han elaborado instrumentos especializados con el fin de ofrecer una mejor protección a determinados derechos o grupos de personas. En el marco de las Naciones Unidas, además de los Pactos Internacionales, existen otros siete tratados fundamentales de derechos humanos¹⁷².

¹⁷⁰ Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

¹⁷¹ Véase al respecto S. S. Herr, “From Wrongs to Rights: Internacional Human Rights and Legal Protection”, en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *op. cit.*, pp. 119 y ss.

¹⁷² Estos tratados son la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de enero de 1969; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987; la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre

El fundamento de estos tratados radica, por un lado en la necesidad de desarrollar el contenido y alcance de algunos de los derechos previstos en la Carta de Derechos Humanos, y por otro, en la voluntad de asegurar la universalidad real de los derechos humanos para determinados grupos vulnerables. Esta vulnerabilidad que sufren determinadas personas, como los niños, las mujeres, los refugiados o, por supuesto, las personas con discapacidad, se materializa en una situación de desventaja para el ejercicio de sus derechos o en una mayor propensión a la violación de los mismos.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1987¹⁷³ desarrolla los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíben la tortura y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. La Convención no contiene ninguna disposición relativa a las personas con discapacidad a pesar de la vulnerabilidad de las personas con discapacidad especialmente las sometidas a internamiento forzoso en instituciones a este tipo de tratos, o el hecho de que la tortura constituya una importante causa de discapacidades. Sólo de forma reciente, el Comité contra la Tortura se ha referido de forma expresa, aunque sucinta, a estos problemas¹⁷⁴.

Por otra parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1969¹⁷⁵, tampoco contiene referencias expresas a la discapacidad. La Convención debiera ser un instrumento importante para evitar la doble discriminación a la que son sometidas determinadas personas por

de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006, que todavía no ha entrado en vigor; y la ya citada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁷³ Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987.

¹⁷⁴ Véase la Observación general núm. 2, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, de 2007 (CAT/C/GC/2).

¹⁷⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de enero de 1969.

razón de su discapacidad y su raza. Sin embargo, pocos han sido los avances en la materia. De hecho, pese a que en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia celebrada en Durban en 2001 ya se advirtió de la especial situación de las personas con discapacidad, no se logró incluir explícitamente la discapacidad en la lista definitiva de motivos de discriminación previstos en la Declaración final de aquella.

Tampoco la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979¹⁷⁶ se refiere a la discapacidad en su articulado, con excepción de la referencia del artículo 11 al derecho a la seguridad social, entre otros, en los casos de invalidez o incapacidad. Esta omisión demuestra que, en ocasiones, a las personas con discapacidad se les trata como si no pertenecieran a ninguno de los dos sexos, por lo que a menudo se pasa por alto la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad, por razón de su sexo y por su discapacidad. Por este motivo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se vio obligado a solicitar a los Estados, a través de su Recomendación general núm. 18, que incluyesen en sus informes periódicos “información sobre las mujeres discapacitadas y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular”¹⁷⁷.

En cambio, sí se tuvo en cuenta la perspectiva de la discapacidad en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989¹⁷⁸. En su artículo 2 se indica que los derechos reconocidos se respetarán y aplicarán a todos los niños sin distinción e independientemente de “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus

¹⁷⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.

¹⁷⁷ Recomendación general núm. 18, Mujeres discapacitadas, de 1991 (A/46/38).

¹⁷⁸ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

padres o de sus representantes legales”. La expresión “impedimentos físicos” no resulta adecuada ni oportuna para referirse a la discapacidad, sobre todo, porque parece excluir las discapacidades mentales, intelectuales y sensoriales. No obstante, esta es una cuestión básicamente formal, puesto que el artículo constituye una cláusula abierta que ampara a cualquier niño, con independencia de su discapacidad.

Además, el artículo 23 de la Convención está expresamente dirigido al niño con discapacidad:

- “1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.
2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.
3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.
4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Obviando las incorrecciones terminológicas, difícilmente justificables en el momento en que fue redactada la Convención, destaca el reconocimiento, de manera indirecta, del derecho del niño a una vida plena y decente, en unas

condiciones que faciliten su autonomía y participación activa en la comunidad. Se reconoce, además, el derecho a recibir asistencia y el acceso a una serie de servicios con la finalidad de lograr, en la máxima medida posible, la integración social y el desarrollo individual del niño con discapacidad, así como su desarrollo cultural y espiritual.

Sin embargo, el artículo incluye ciertas limitaciones, pues condiciona la prestación de asistencia al menor a “los recursos disponibles”, siendo gratuita “siempre que sea posible” y en función de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden de aquél. Pese a ello, el artículo 23, notablemente influenciado por las disposiciones del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*, ha constituido, hasta la reciente entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la única norma jurídica universal de naturaleza convencional específicamente dirigida a proteger los derechos de los niños con discapacidad.

Además, el Comité de los Derechos del Niño se ha mostrado especialmente preocupado por la situación de los niños con discapacidad. Ya en 1997, durante la celebración de un debate general específicamente dirigido a estas cuestiones, el Comité consideró la idoneidad de redactar una observación general sobre los niños con discapacidad¹⁷⁹. De este modo, en 2006 el Comité sobre los Derechos del Niño adoptó su Observación general núm. 9, relativa a los derechos de los niños con discapacidad, con la finalidad de orientar y asistir a los Estados en sus esfuerzos por hacer efectivos los derechos de aquellos¹⁸⁰. En ella, el Comité manifiesta su inquietud por la escasa atención que los órganos de vigilancia de los tratados han

¹⁷⁹ Véase al respecto el informe sobre el 15º periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, de 6 de junio de 1997, párrafos 310 y ss. (CRC/C/66).

¹⁸⁰ Observación general núm. 9, del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, de 2006 (CRC/C/GC/9).

prestado a estas personas e incide en diversas cuestiones de especial relevancia para los niños con discapacidad¹⁸¹.

Por último, ni la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990¹⁸², ni la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁸³, que todavía no ha entrado en vigor, contienen disposiciones de relevancia en lo que respecta a las personas con discapacidad. Tan sólo ésta última se refiere a la discapacidad en su artículo 7 como posible circunstancia agravante del delito de desaparición forzada.

En definitiva, pese a que los instrumentos convencionales de derechos humanos apenas se han referido a ellas, es indiscutible que las personas con discapacidad gozan de los mismos derechos que cualquier otra persona. Y aunque ninguno de los tratados fundamentales de derechos humanos excluye a las personas con discapacidad, tampoco las incluye expresamente, lo que supone, para Stein, una protección implícita, pero no real¹⁸⁴. Y esto ha supuesto una limitación demasiado importante, que las ha situado en una posición de desigualdad respecto a otras personas, y ha menoscabado la efectividad de sus derechos fundamentales.

Tampoco los órganos de vigilancia de los tratados han prestado una especial atención a las personas con discapacidad al ejercer sus funciones interpretativas y de supervisión de la aplicación de sus respectivos tratados. Sólo en los últimos años han comenzado a aparecer menciones expresas a la discapacidad en sus

¹⁸¹ Ibid., párrafo 2. Los pronunciamientos más relevantes que el Comité sobre los Derechos del Niño realizó en esta Observación general se analizan en la Parte II de la presente tesis.

¹⁸² Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003.

¹⁸³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006.

¹⁸⁴ “[...] *The larger implication is that at present six hundred million persons with disabilities worldwide have implied but not actual human rights protection*”. M. A. Stein, *op. cit.*, p. 82.

observaciones y recomendaciones, así como en los cuestionarios enviados a los Estados, si bien de forma más ocasional que generalizada¹⁸⁵.

Los motivos que explican la ausencia de referencias expresas en los instrumentos convencionales de derechos humanos y en las actuaciones concretas de sus mecanismos de control son muy diversos. Uno de los más importantes fue el desconocimiento o el rechazo de la discapacidad como una cuestión relevante en materia de derechos humanos¹⁸⁶. Conforme al modelo anterior de la discapacidad, se entendió que ésta debía tratarse como un asunto de las políticas sociales y médicas de cada Estado, pues no existía la convicción de que constituyese una verdadera cuestión de derechos humanos que debiera ser incluida en los tratados internacionales. De esta manera, sólo empezó ser considerada en los instrumentos más recientes, como la Convención sobre los Derechos del Niño. Es por esto que la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone, como se ve a continuación, un avance sin precedentes en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

1.1.3.2 LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La ausencia de un instrumento internacional vinculante que, de forma específica, protegiese y promoviese los derechos de las personas con discapacidad ha limitado considerablemente su respeto y ejercicio en condiciones e igualdad con las demás personas. La adopción en 2006 de la Convención sobre los Derechos de las

¹⁸⁵ Véase al respecto el informe que los profesores Gerard Quinn y Theresia Degener realizaron por encargo de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, sobre la protección y la vigilancia de los derechos de las personas con discapacidad en Naciones Unidas. G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*

¹⁸⁶ Así lo ha justificado, por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al afirmar que “el hecho de que en el Pacto no haya una disposición explícita que trate de la discapacidad se puede atribuir al desconocimiento de la importancia que tiene el ocuparse explícitamente de esta cuestión, en vez de hacerlo por referencia, cuando se redactó el Pacto”. Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 6.

Personas con Discapacidad, y su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, ha servido para llenar un importante vacío en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

a) La necesidad de una convención específica

Desde un punto de vista teórico, las personas con discapacidad tendrían perfectamente asegurado el ejercicio y el respeto de los derechos humanos recogidos en los tratados ya existentes. Como seres humanos, son titulares de todos y cada uno de los derechos que reconocen los tratados generales de derechos humanos, y están, por tanto, amparadas por sus respectivos mecanismos de protección. Por ese motivo, podría pensarse, e incluso así se ha llegado a afirmar, que la creación de una convención específica sobre discapacidad resulta innecesaria.

Sin embargo, la práctica ofrece una realidad bien distinta. A las personas con discapacidad se les continúan negando muchos de sus derechos, y su posición respecto a los demás miembros de la sociedad dista mucho de ser igualitaria¹⁸⁷. El Relator Especial Leandro Despouy, en su informe *Los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad* de 1993 afirmaba:

“280. Despite the many actions undertaken through out the Decade and the valuable results that have been achieved for disabled persons in many respects, it must be said that, at the end of this period, persons with disabilities are going to find themselves at a legal disadvantage in relation to other vulnerable groups such as refugees, women, migrant workers, etc. The latter have the protection of a single body of binding norms, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, etc. In addition, those conventions have established specific protection mechanisms: the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women and the Committee on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of Their Families are in charge of supervising compliance with the conventions.

¹⁸⁷ Véase, en general, D. MacKay, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 323 y ss.

281. It is a well-known fact that nothing of the sort has yet occurred with regard to disabled persons and that the discussions at the forty-second session of the General Assembly, in October 1987, concerning the elaboration of a convention on the human rights of disabled persons concluded with the postponement of that initiative. The current situation may be summarized as follows:

(a) The Centre for Social Development and Humanitarian Affairs coordinates and supervises the implementation of the World Plan on the basis of the information provided in particular by Governments. The publications issued by the Centre on the basis of that information are extremely useful in indicating how the plan is developing and the progress being achieved in the various countries and fields (culture, employment, education, etc.).

(b) However, there is no specific body in charge of monitoring respect for the human rights of disabled persons and acting, whether confidentially or publicly, when particular violations occur. It can be said that persons with disabilities are equally as protected as others by general norms, international covenants, regional conventions, etc. But although this is true, it is also true that unlike the other vulnerable groups, they do not have an international control body to provide them with particular and specific protection. Thus the most active non-governmental organizations are emphasizing the need to establish a flexible mechanism that will adapt to the particular features of the problem that concerns them, such as an international Ombudsman¹⁸⁸.

Por todo ello, el Relator Especial insinuaba la necesidad de un tratado específico dirigido a compensar la desventaja legal que las personas con discapacidad tienen respecto a otros grupos vulnerables que sí cuentan con una convención y un mecanismo de protección específicos.

No obstante, superada la idea errónea del carácter superfluo de una convención dirigida a las personas con discapacidad, un segundo argumento ha sido esgrimido en diversas ocasiones para desaconsejar la elaboración de dicho instrumento. Se ha llegado a afirmar que a través de un tratado específico se ahondaría la diferencia de estas personas, contribuyendo a aumentar su diferenciación¹⁸⁹. Pero ignorar la diferencia con el propósito de prevenir la estigmatización de un colectivo no parece un remedio eficaz, sino más bien lo contrario. Con ello se estaría dejando de atender una diferencia que es real, algo

¹⁸⁸ L. Despouy, *Human Rights and Disabled Persons*, Ginebra: Centre for Human Rights, 1993, párrafos 280 y 281.

¹⁸⁹ Véase G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 201 y 202.

que, por otra parte, no se ha hecho con otros grupos vulnerables¹⁹⁰. Precisamente, como se verá, la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad incluye expresamente entre sus principios generales el respeto de la diferencia¹⁹¹.

Por su parte, Bengt Lindqvist, antiguo Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social encargado de vigilar la aplicación de las Normas Uniformes, puso de manifiesto en el informe de su tercer mandato hasta cuatro motivos que justificarían la creación de una convención de este tipo¹⁹². En primer lugar, la elaboración de un instrumento cuyas disposiciones sean jurídicamente vinculantes incrementaría la eficacia en la lucha por lograr que se dé una mayor prioridad a las necesidades de las personas con discapacidad en el plano nacional. En segundo lugar, parece difícil que el sistema de supervisión permanente de las Naciones Unidas incorpore las medidas necesarias para la protección efectiva de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Las razones esgrimidas en la mayoría de debates internacionales incluían la idea general entre los expertos en derechos humanos de que la discapacidad es una cuestión social y médica y no de derechos humanos, la preferencia en abordar otras cuestiones urgentes de derechos humanos, y la renuencia, debido al gran volumen de trabajo, a crear una nueva dimensión de derechos humanos. En tercer lugar, apunta el relator que aunque se lograsen avances en el sistema de supervisión permanente de Naciones Unidas, la incorporación de estas cuestiones no será suficiente para fortalecer los derechos de las personas con discapacidad. Por último, Bengt Lindqvist se refiere en su informe a la autoridad y al reconocimiento real. Según este argumento, experiencias anteriores demuestran que hasta que no se haya adoptado una convención especial

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 202. En el mismo sentido véase A. S. Kanter, “The Globalization of Disability Rights Law”, 30 *Syracuse Journal of International Law & Commerce* (2003), p. 266.

¹⁹¹ Artículo 3. d).

¹⁹² Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su tercer mandato, 2000-2002 (E/CN.5/2002/4), párrafo 67.

no se reconocerá y aceptará realmente que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos.

En el estudio que, sobre una propuesta de la Comisión de Derechos Humanos, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos encargó a Gerard Quinn y Theresia Degener, la idoneidad de una convención específica sobre discapacidad volvió a ser objeto de debate¹⁹³. Tras comprobar que los tratados de derechos humanos no habían funcionado de manera adecuada en el ámbito de la discapacidad, los autores desechan el único argumento sólido contrario a la convención: la suficiencia del actual sistema de protección de los derechos humanos. Por el contrario, Quinn y Degener exponen dos argumentos diferentes que evidencian los beneficios de la elaboración de un tratado de derechos humanos dedicado a la discapacidad. En primer lugar, el de la “visibilidad”. Para los autores, preocupados por la ausencia de la dimensión de la discapacidad en los trabajos de los órganos de vigilancia, la convención mejoraría el conocimiento de los aspectos vinculados a los derechos de las personas con discapacidad, lo que implicaría una mayor integración en los mecanismos existentes de supervisión de los tratados. Además, desde un punto de vista simbólico, serviría para indicar al mundo la existencia de esta gran parte de la población. En segundo lugar, serviría para aportar más claridad o nitidez a los derechos de las personas con discapacidad, que quedarían englobados en un único texto legal, y no dispersos en numerosos textos jurídicos no vinculantes y diversos tratados internacionales. Con ello se clarificarían las obligaciones de los Estados al respecto, y se facilitaría, por ejemplo, los trabajos de las organizaciones no gubernamentales.

También la doctrina se ha referido a esta cuestión. Anna Lawson añade dos argumentos diferentes a los ya mencionados¹⁹⁴. Según entiende la profesora, la elaboración de una convención temática aportaría la especificidad de la

¹⁹³ G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 199 y ss.

¹⁹⁴ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, pp. 583 y ss.

discapacidad a los instrumentos de derechos humanos ya existentes, no tanto para reemplazar sus disposiciones, sino para complementarlas. Por otra parte, la creación de un mecanismo de vigilancia vinculado a dicha convención obligaría a los Estados a informar sobre las circunstancias de sus nacionales con discapacidad. Al incrementar la recopilación de documentación y datos relativos a la discapacidad, que actualmente es insuficiente, se obtendría una importante herramienta para mejorar la situación de las personas con discapacidad en las diferentes sociedades.

En definitiva, la mayor parte de los argumentos favorables a la elaboración de un tratado específico sobre discapacidad se pueden sintetizar en dos grandes razonamientos.

El primero de ellos parte de la insuficiencia del sistema actual de protección de los derechos humanos. En tanto los mecanismos existentes no son capaces de ofrecer una cobertura adecuada a las violaciones de derechos sufridas por las personas con discapacidad, se precisa la elaboración de un instrumento vinculante específico que complemente el sistema. Dicho instrumento debiera suponer un valor añadido a la normativa sobre discapacidad ya existente — su obligatoriedad — e incluir un mecanismo de vigilancia particular que contribuya a conseguir un mayor y mejor respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

El segundo razonamiento, es el de la “visibilidad” o reconocimiento. Según el mismo, aún cuando el sistema de protección de los derechos humanos pudiera ser suficiente, éste no ha prestado la atención necesaria a las cuestiones relacionadas con la discapacidad. La mejor forma de informar, e incluso instruir, no sólo a los órganos de vigilancia de los tratados, sino a los Estados, demás actores de la esfera internacional e incluso a los individuos, de la existencia de un conjunto de personas que por razón de su discapacidad precisan de ciertas particularidades para el ejercicio de sus derechos humanos y son más vulnerables a sus violaciones, es a través de un tratado específico. Con este nuevo tratado, además de consolidar

definitivamente la discapacidad como cuestión de derechos humanos, se lograría el impulso necesario para ubicar la discapacidad entre las áreas de trabajo de los órganos competentes en la promoción y protección de los derechos humanos.

En realidad, ambos razonamientos parecen igual de válidos y, en consecuencia, complementarios. Ni el sistema de Naciones Unidas de protección de los derechos humanos es al menos en la práctica completo ni perfecto, ni los órganos de vigilancia existentes salvo honrosas excepciones han tenido en consideración la discapacidad en sus trabajos. Louise Arbour, siendo todavía Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, aseveró en una importante intervención durante el séptimo periodo de sesiones del Comité Especial, en 2006, que:

“There is no doubt that the existing human rights system was meant to promote and protect the rights of persons with disabilities. There is also no doubt that the existing standards and mechanisms have in fact, failed to provide adequate protection in the specific cases of person with disabilities. It is clearly time for the United Nations to remedy this shortcoming”¹⁹⁵.

En conclusión, la necesidad de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante dirigido de forma específica a proteger y promover los derechos de las personas con discapacidad se encontraba perfectamente justificada.

b) El proceso de creación

Aún cuando hubo algún intento previo, la primera propuesta formal para la elaboración de una convención internacional relativa a la discapacidad la realizó Italia en 1987. Unos meses antes, la Reunión Mundial de Expertos para examinar la ejecución del Programa de Acción Mundial hasta la mitad del Decenio Mundial de las Naciones Unidas para las personas con Discapacidad, que se celebró en Estocolmo entre los días 17 y 20 de agosto de aquel año, formuló una serie de

¹⁹⁵ Discurso de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, de 27 de enero de 2006, dirigido al Comité Especial creado por la Asamblea General en su séptimo periodo de sesiones (accesible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7stathchr.htm>).

recomendaciones, entre las que se encontraba la elaboración de un texto jurídicamente vinculante¹⁹⁶. En octubre, la delegada italiana en la Tercera Comisión de la Asamblea General planteó la preparación de una convención internacional dirigida a conseguir la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad¹⁹⁷.

Sin embargo, dicha propuesta no contó con el respaldo de las demás delegaciones. Tampoco prestaron su apoyo cuando, dos años después, en 1989, el delegado de Suecia volvió a plantear la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante relativo a la discapacidad¹⁹⁸. En ambas ocasiones la negativa de la mayor parte de los Estados se fundamentó, principalmente, en dos razones. En primer lugar, por el costo financiero que supondría desarrollar dicha tarea. Y en segundo lugar, porque muchos Estados consideraron que los derechos de las personas con discapacidad ya estaban suficientemente protegidos por los instrumentos internacionales ya existentes en aquél momento.

Cuando en 1999 la Comisión de Derechos Humanos debatía su resolución en aquellos momentos bianual sobre discapacidad y derechos humanos, Irlanda propuso incluir un llamamiento a la elaboración de una convención internacional relativa a la discapacidad. Sin embargo, diversos Estados se opusieron a dicha iniciativa. En consecuencia, la resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos Humanos fue aprobada sin mención alguna a una posible convención¹⁹⁹. Pese a ello,

¹⁹⁶ Véase al respecto, entre otros, K. K. Nagata, “Key Issues at Global and Regional Levels in the Process Towards the International Convention on Rights of Persons with Disabilities”, 15 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2004), p. 38.

¹⁹⁷ Véase el acta de la 16ª sesión, de 19 de octubre de 1987, de la Tercera Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo segundo periodo de sesiones (A/C.3/42/SR.16).

¹⁹⁸ Véase el acta de la 16ª sesión, de 24 de octubre de 1989, de la Tercera Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo cuarto periodo de sesiones (A/C.3/44/SR.16). Curiosamente, el delegado de Suecia encargado de realizar dicha propuesta fue Bengt Lindqvist, quien años más tarde sería nombrado Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social encargado de supervisar la aplicación de las Normas Uniformes.

¹⁹⁹ Sobre esta cuestión, véase G. Quinn, “Closing: Next Steps Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities”, en P. Blanck, *Disability Rights*, Trowbridge: Ashgate, The International Library of Essays on Rights, 2005, pp. 531 y 532.

el Ministro irlandés de Asuntos Exteriores logró incluir una invitación a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en cooperación con el Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social, para “examinar medidas para fortalecer la protección y vigilar los derechos humanos de las personas con discapacidad, y a solicitar aportaciones y propuestas de las partes interesadas, en particular el grupo de expertos”²⁰⁰. Dicha invitación condujo a la elaboración del estudio, ya citado, *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*, dirigido por Gerard Quinn y Theresa Degener.

En 2001, el gobierno de México propuso, primero en la Conferencia Mundial de Durban²⁰¹, y después ante la Asamblea General, la posibilidad de crear una convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ²⁰². Sorprendentemente, en esta ocasión la iniciativa sí contó con el respaldo de las demás delegaciones. Así, la Asamblea General, sobre la base de estas propuestas, decidió establecer, en su resolución 56/168 de 19 de diciembre, “un Comité Especial para que examín[ara] 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

²⁰⁰ Resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos Humanos, de 25 de abril de 2000, punto 29.

²⁰¹ Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban (Sudáfrica), 31 de agosto a 7 de septiembre de 2001 (A/CONF.189/5).

²⁰² Dicha propuesta fue realizada por Vicente Fox Quesada, Presidente de México, durante el debate general de la Asamblea General, en su primera sesión del día 10 de noviembre de 2001 (A/56/PV.44).

discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social”²⁰³.

Una de las claves del éxito de la propuesta, y así lo entiende Quinn, fue la acertada elección de la expresión utilizada en el proyecto de resolución²⁰⁴. Casi en el último momento, ante las dudas de algunos Estados, México reemplazó la frase “a fin de elaborar una convención internacional amplia e integral” por la definitiva “para que examine propuestas relativas a una convención internacional amplia e integral”²⁰⁵. De esta manera, el propósito encomendado al Comité Especial se limitó al examen de propuestas, lo cual, al menos formalmente, no resultaba tan ambicioso como el fin original de elaborar una convención. Fue así como se consiguió el apoyo de todos los Estados.

El Comité Especial celebró su primer período de sesiones en la Sede de las Naciones Unidas del 29 de julio al 9 de agosto de 2002. Durante el mismo, se procedió al estudio de todas aquellas recomendaciones y opciones que los Estados, organizaciones internacionales y diversas organizaciones no gubernamentales habían formulado. Asimismo se decidió articular la posibilidad de que las organizaciones no gubernamentales pudiesen participar en los trabajos del Comité.

Tal como lo había solicitado el propio Comité, la Asamblea General decidió acordar la celebración de un segundo periodo de sesiones en 2003²⁰⁶. Durante este periodo de sesiones, celebrado entre los días 16 y 27 de junio, se acordó establecer un Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirviese de base para la negociación de la convención por los Estados Miembros y

²⁰³ Resolución de la Asamblea General 56/168 de 19 de diciembre de 2001 sobre una Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

²⁰⁴ G. Quinn, “Closing: Next Steps...”, *op. cit.*, pp. 532 y 533.

²⁰⁵ La revisión del párrafo 1 del proyecto de resolución, realizada oralmente, tuvo lugar durante la 55ª sesión de la Tercera Comisión de la Asamblea General, en su quincuagésimo sexto periodo de sesiones (A/C.3/56/SR.55).

²⁰⁶ Resolución de la Asamblea General 57/229, de 18 de diciembre de 2002.

los Observadores que lo integran²⁰⁷. Éste se compuso por representantes de los Gobiernos, organizaciones no gubernamentales y la Comisión Sudafricana de Derechos Humanos, como representante de las instituciones nacionales de derechos humanos. El Grupo de Trabajo, que celebró su período de sesiones en Nueva York, del 5 al 16 de enero de 2004, presentó su Proyecto de Convención al Comité Especial.

Fue en el tercer periodo de sesiones del Comité Especial, que tuvo lugar del 24 de mayo al 4 de junio de 2004, cuando comenzaron las negociaciones sobre la base del Proyecto preparado por el Grupo de Trabajo. Estas negociaciones, en las que se consideraron diversos apartados del Proyecto, dejando al margen los más comprometidos, continuaron durante el cuarto, quinto y sexto periodo de sesiones²⁰⁸. Al finalizar el sexto periodo de sesiones, el Comité Especial, que había concluido la segunda lectura del texto del proyecto, preparó, a través de su Presidente — el embajador de Nueva Zelanda Don MacKay —, un texto revisado basado en las deliberaciones de los últimos períodos de sesiones para presentarlo en la séptima reunión del Comité.

La Asamblea General decidió que el Comité Especial celebrase en 2006 dos períodos de sesiones, uno del 16 de enero al 3 de febrero, a fin de hacer una lectura completa del texto preparado por el Presidente del Comité Especial, y otro del 7 al 18 de agosto²⁰⁹. De esta manera, durante el séptimo periodo de sesiones, tras proceder a la primera lectura del texto, comenzó a discutirse uno de los aspectos más delicados de las negociaciones: el mecanismo de vigilancia. Fue necesario que México tomase la iniciativa de reunirse de manera informal con los representantes de los Estados más reacios a incluir en el texto un sistema de supervisión de la

²⁰⁷ La Asamblea General hizo suya esta decisión en su resolución 58/246, de 23 de diciembre de 2003.

²⁰⁸ Celebrados los días 23 de agosto al 3 de septiembre de 2004, 24 de enero al 4 de febrero de 2005, y del 1 al 12 de agosto de 2005, respectivamente.

²⁰⁹ Resolución de la Asamblea General 60/232, de 23 de diciembre de 2005.

convención. De esta forma se llegó al acuerdo de articular algunos de los mecanismos de seguimiento en un protocolo opcional separado del texto de la convención.

Finalmente, en agosto de 2006, durante el octavo periodo de sesiones, el Comité Especial finalizó las negociaciones sobre el Proyecto de Convención, que iría acompañada de un Protocolo facultativo. El 5 de diciembre, tras realizar las modificaciones técnicas sugeridas por el grupo de redacción que había sido establecido a tal efecto, el Comité Especial adoptó el Proyecto definitivo²¹⁰. De esta forma, el 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General aprobó durante su sexagésimo primer periodo de sesiones la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo²¹¹.

El proceso de firma y ratificación se abrió el 30 de marzo de 2007. Nunca una Convención de las Naciones Unidas había conseguido un número tan elevado de signatarios en el mismo día de su apertura a la firma: 82 Estados firmaron la Convención, de los cuales 44 procedieron también a la firma del Protocolo facultativo. Además, como destacó el Secretario General Kofi Annan, en un mensaje difundido con motivo de la adopción de la Convención, se trató del primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, el tratado de derechos humanos que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del Derecho internacional y el primero que surgió de una campaña intensiva a través de Internet²¹².

El 3 de abril de 2008, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad recibió su vigésimo instrumento de ratificación, por lo que, de acuerdo a su artículo 45, entró en vigor 30 días después, el 3 de mayo de 2008. También el Protocolo facultativo, que un mes antes recibió su décima ratificación,

²¹⁰ Informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 6 de diciembre de 2006 (A/61/611).

²¹¹ Resolución de la Asamblea General 61/106, de 13 de diciembre 2006.

²¹² Nota de prensa del Secretario General de 13 de diciembre de 2006 (SG/SM/10797).

entró en vigor el mismo día. Actualmente, el número de Estados que han ratificado la Convención asciende a 45²¹³. España, tras la autorización concedida por las Cortes Generales, depositó su instrumento de ratificación de la Convención y su Protocolo facultativo el día 3 de diciembre de 2007, coincidiendo con la celebración del Día Internacional y Europeo de las Personas con Discapacidad²¹⁴. Con la entrada en vigor de la Convención se inicia una nueva era el Derecho internacional de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad.

c) *Estructura, contenido y alcance de la Convención*

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad está dirigida, a través de sus 50 artículos, a promover, proteger y asegurar los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad. Es quizá, el instrumento de derechos humanos más avanzado de cuantos se han desarrollado hasta la fecha. Es, además, el primer instrumento jurídicamente vinculante que protege de manera general los derechos de las personas con discapacidad y supone la consagración del cambio de modelo en la forma de concebir la discapacidad desde el Derecho internacional.

(i) *Estructura formal*

Desde una perspectiva formal, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un tratado extenso, compuesto por 50 artículos, precedidos de un detallado Preámbulo. Los primeros cuatro artículos se refieren al propósito, las definiciones de los términos principales de la Convención y los principios y obligaciones generales. A continuación se contienen los veintiséis artículos que reconocen el amplio catálogo de derechos humanos de los que son titulares las personas con discapacidad, sin división alguna entre derechos civiles, políticos,

²¹³ A fecha de 31 de diciembre de 2008.

²¹⁴ Instrumentos de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, pp. 20648 y ss., y núm. 97, de 22 de abril de 2008, pp. 20750 y ss., respectivamente.

económicos, sociales y culturales, así como las obligaciones de los Estados derivadas de los mismos y algunos presupuestos y condiciones necesarios para su ejercicio. Los siguientes diez artículos vienen referidos a la aplicación y la supervisión, nacional e internacional, de las disposiciones del Convenio. Finalmente, los últimos diez artículos regulan las disposiciones finales.

Junto con la Convención, fue adoptado el Protocolo facultativo de la misma, que reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para recibir comunicaciones individuales así como para realizar investigaciones en caso de violaciones graves o sistemáticas de la Convención. El Protocolo facultativo consta de 18 artículos, de los cuales los diez últimos son disposiciones finales.

En comparación con los demás tratados internacionales de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es uno de los instrumentos más extensos de cuantos se han adoptado hasta el momento, aunque todavía muy alejada de los 93 artículos de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. A pesar de contar con un número inferior de artículos al Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos o la Convención sobre los Derechos del Niño, el detalle, la extensión y el grado de desarrollo de su articulado es muy superior a los anteriores. Además, es el primer tratado general de derechos humanos de ámbito universal en incluir, con la finalidad de mejorar su accesibilidad, títulos en cada uno de sus artículos.

Una de las cuestiones que mayor polémica suscitó durante las fases tempranas de las negociaciones del texto fue la relativa al modelo de tratado de derechos humanos sobre el que desarrollar los trabajos. De hecho, durante el segundo periodo de sesiones del Comité Especial se celebró una mesa redonda sobre la

tipología de las convenciones internacionales²¹⁵. Se plantearon tres posibles alternativas: el modelo integral u holístico, el modelo de no discriminación y un modelo híbrido o mixto. En 2003, el Secretario General facilitó al Comité Especial un amplio informe sobre las opciones propuestas por los Estados, las organizaciones internacionales y los organismos de Naciones Unidas respecto a la elaboración de la Convención²¹⁶. En su párrafo 68 afirmaba lo siguiente:

“Según la experiencia adquirida por el sistema de las Naciones Unidas con los convenios existentes, el Comité podría examinar tres modelos: un modelo integral basado en los derechos (Convención sobre los Derechos del Niño); un modelo de no discriminación (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial); y un modelo híbrido que combinaba el desarrollo social y los derechos humanos”.

Como afirma Courtis, es cierto que reconducir cualquiera de los tratados de derechos humanos a un modelo conceptual determinado es un ejercicio de carácter heurístico, puesto que ninguno de ellos se correspondería de forma exhaustiva con un único modelo²¹⁷. Pero también es cierto que tras cada uno de estos instrumentos subyacen diferentes modos de entender y regular los derechos de un determinado grupo de personas.

En un tratado inspirado por el modelo holístico o integral, representado paradigmáticamente por la Convención sobre los Derechos del Niño, estarían incluidas todas las categorías de derechos humanos — civiles, políticos, económicos, sociales y culturales — aplicables a un determinado conjunto de personas. Estos derechos, basados en los ya reconocidos en los instrumentos vigentes, estarían

²¹⁵ Anexo II del informe del segundo periodo de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/58/118 y Corr. 1).

²¹⁶ Opiniones expresadas por los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y los organismos de las Naciones Unidas acerca de una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/AC.265/2003/4).

²¹⁷ C. Courtis, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 308 y ss.

adaptados a las especificidades, en este caso, la discapacidad, que para su ejercicio precisa ese grupo de personas. El otro gran modelo que se plantea es el de no discriminación, sobre el que se basa la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Según este modelo, más que reconocer derechos específicos, la Convención debería incluir medidas que posibiliten a las personas con discapacidad el ejercicio de los derechos ya reconocidos en otros instrumentos²¹⁸.

Atendiendo al resultado final de la Convención, la conclusión a que se llega es que el paradigma de tratado por el que se optó fue un modelo mixto²¹⁹. Realmente existe un reconocimiento sustantivo de derechos, que se adaptan a las especificidades que para su ejercicio requieren las personas con discapacidad. Pero la Convención no se agota ahí. Como se verá, el principio de no discriminación es un elemento central del texto, que se extiende e interactúa sobre el conjunto de disposiciones. Este modelo híbrido ha supuesto, con los matices que señalaba Courtis, una novedad en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

(ii) *La consagración del modelo social y de derechos humanos*

Como ya se vio, la discapacidad ha sido tradicionalmente concebida como una cuestión médica, localizada en las circunstancias personales de cada individuo. Como consecuencia, el Derecho quedó al margen de esta realidad, restringiéndose a articular medidas dirigidas a superar o corregir las limitaciones que la discapacidad producía en la persona, o al menos, atenuar sus efectos negativos.

²¹⁸ Véase, en general, G. Quinn, *The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform*, conferencia presentada el 16 de noviembre de 2006 en la National Disability Authority Annual Research Conference, 2006, pp 7 y ss., y J. Kumpuvuori, *Observations on the Process of Elaborating a New Human Rights Instrument on the Rights of Persons with Disabilities*, Turku: Institute of Human Rights, 2003, pp. 19 y ss. En el mismo sentido, puede verse I. Biel Portero, “Discapacidad, Derecho internacional y cooperación al desarrollo?”, en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (eds.), *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 140.

²¹⁹ Véanse, entre otros, , G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, p. 8 y A. Palacios y F. Bariffi, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

Sólo en tiempos más recientes, este enfoque ha sido sustituido por otro basado en el reconocimiento de derechos. Inspirado en el modelo social de la discapacidad, sitúa la cuestión fundamental no en la persona, sino en las circunstancias que la rodean, debido a la existencia de una serie de factores sociales de carácter excluyente. Progresivamente, los instrumentos normativos internacionales han dejado de concebir a la persona con discapacidad como un mero *objeto* necesitado de protección y asistencia, para reconocer su estatus de sujeto, y por tanto, titular de derechos.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el cambio de paradigma de la discapacidad²²⁰. Podría afirmarse que el solo hecho de elaborar un tratado de derechos humanos sobre discapacidad implica ya un cambio en el modo de concebir la cuestión. Pero la Convención va más allá, reafirmando la apuesta por el modelo social a lo largo de sus disposiciones.

En la letra e) del Preámbulo se aprecia la apuesta por el modelo social de la discapacidad al afirmar que:

“[...] 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”.

Además, se reafirma la consideración de la discapacidad como cuestión de derechos humanos, fundamentada en la dignidad de la persona. En la letra c) del Preámbulo, los Estados Partes reafirman “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con

²²⁰ La doctrina es unánime al respecto. Véanse, por ejemplo, A. S. Kanter, “The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), p. 291; R. Kayess y P. French, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, pp. 571 y ss.; D. MacKay, *op. cit.*, p. 328; T. J. Melish, “The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify”, 14 (2) *Human Rights Brief* (2007), p. 44; G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, p. 7; y A. Sanjosé Gil, “El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, 13 *REEI* (2007), pp. 9 y ss.

discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación”, reconociendo en la letra h) que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”. Otros ejemplos los encontramos en el artículo 1, que explicita el propósito de la Convención, o en los principios generales del artículo 3, que son objeto de análisis en páginas posteriores.

La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, en un discurso ante el Consejo de Derechos Humanos con motivo de la entrada en vigor de la Convención, se refirió a la misma de la siguiente manera:

“This is a Convention about change. The Convention requires us to move away from a charity based or medical based approach to disabilities to a human rights-based approach. These traditional approaches and attitudes, no matter how well-intentioned they might have been, regarded persons with disabilities either as passive recipients of good will or deeds, or as problems to be fixed, or both.

Ladies and Gentlemen,

The celebration of diversity and empowerment of the individual are essentially human rights messages. The Convention embodies and clearly conveys these messages by envisaging a fully active role for persons with disabilities. It asserts that they are free to live independently in the community, to make their own choices, to contribute to society so that we can all learn from the diverse experiences and lives that make up our communities”²²¹.

En definitiva, la Convención reafirma el cambio de modelo de la discapacidad y la apuesta por el reconocimiento de derechos. Con ella, la discapacidad deja definitivamente de ser considerada como una materia de política social para constituir una verdadera cuestión de derechos humanos, con todas las consecuencias que ello implicará.

²²¹ Discurso pronunciado el 6 de junio de 2008 ante el Consejo de Derechos Humanos en un acto especial con motivo de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, durante su octavo periodo de sesiones (accesible en: <http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/statements/HCstatementCRPDevent.doc>).

(iii) El propósito y los principios generales de la Convención

Conforme a su artículo 1, la Convención tiene como propósito “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”. Como señala Kanter, su ámbito y cobertura no tienen precedentes: es el instrumento internacional más ambicioso de cuantos se han adoptado en materia de discapacidad²²².

En el Propósito se enumeran tres tipos de obligaciones diferentes respecto a los derechos y libertades de las personas con discapacidad: su promoción, su protección y su aseguramiento. Además, se precisa que el goce de esos derechos deberá, en primer lugar, ser pleno, y en segundo lugar, ser llevado a cabo en condiciones de igualdad con las demás personas. Por otro lado, las actividades de promoción no se extienden únicamente a los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, sino también al respeto de su dignidad inherente. La mención de la dignidad de estas personas, fundamento último de su titularidad de derechos y libertades, está íntimamente relacionada con la consideración de la discapacidad como cuestión de derechos humanos. Del Propósito se deduce, y así lo entiende Lawson, que la Convención pretende ir más allá de los principios tradicionales de igualdad y no discriminación para abarcar el amplio catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y su ejercicio y disfrute por las personas con discapacidad²²³.

Una de las cuestiones capitales de la Convención será determinar qué personas quedarán bajo su cobertura, esto es, qué debe entenderse por discapacidad. En el artículo 1 se añade un segundo párrafo, que sin definir la discapacidad, clarifica que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al

²²² A. S. Kanter, “The Promise and Challenge...”, *op. cit.*, p. 289.

²²³ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 590.

interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La falta de acuerdo durante las negociaciones sobre conceptualizar o no la discapacidad fue la razón por la que se añadió dicho inciso en el artículo 1, y no en el artículo 2, en el que se definen los términos “comunicación”, “lenguaje”, “discriminación por motivos de discapacidad”, “ajustes razonables” y “diseño universal”. Un número importante de Estados se opuso a incluir un concepto de discapacidad en la Convención, primero, por la complejidad que históricamente ha entrañado definir, desde una perspectiva jurídica, la discapacidad, y segundo, por el riesgo de excluir involuntariamente a determinadas personas del ámbito de aplicación de la Convención con un concepto demasiado rígido²²⁴. Sin embargo, diversas delegaciones manifestaron su temor respecto al hecho de no incluir un concepto de discapacidad. Permitir que sean exclusivamente los Estados quienes determinen en el ámbito interno qué debe entenderse por discapacidad, entrañaría el riesgo de que aquellos elaborasen conceptos tan sumamente estrictos que hiciesen prácticamente imposible la aplicación de la Convención. Finalmente, durante el último periodo de sesiones del Comité Especial se trabajó, casi exclusivamente, en esta cuestión. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo totalmente satisfactorio, se decidió excluir una definición de discapacidad en el artículo 2, pero incluir la referencia vista en el artículo 1.

De esta manera, en la Convención no se define qué es la discapacidad, sino que se indica quienes están incluidos en el concepto “personas con discapacidad”. Así, las personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las

²²⁴ Kayess y French señalan como motivo subyacente tras aquellos argumentos la preocupación de los Estados ante la posibilidad de tener que reconocer como supuestos de discapacidad, en la aplicación interna de la Convención, determinados casos que tradicionalmente han quedado fuera de la misma, como por ejemplo, la situación de las personas afectadas por el VIH. R. Kayess y P. French, *op. cit.*, p. 23.

demás” estarán amparadas por las disposiciones del texto. Sin embargo, en tanto se dice que las personas con discapacidad “incluyen” los supuestos vistos, se deduce que podrían existir otros casos fuera de los anteriores que también estuviesen incluidos en el concepto.

El hecho de no regular un concepto estricto trae consigo dos consecuencias principales. La primera, que los Estados parte podrán, si lo consideran oportuno, ampliar pero nunca reducir los supuestos previstos en la Convención. Por ejemplo, ampliar su aplicación en el ámbito interno a los casos de deficiencias a corto plazo. En segundo lugar, permite dotar de cierto dinamismo al significado de “discapacidad”, adaptándolo a las circunstancias futuras, pues, como se reconoce en la letra e) del Preámbulo, es un “concepto que evoluciona”.

Finalmente, en lo relativo a esta cuestión, cabe señalar la influencia manifiesta del modelo social de la discapacidad sobre el citado párrafo. En ningún caso basta con tener una deficiencia, sea del tipo que sea, para tener la consideración de persona con discapacidad. No es la deficiencia, sino su interacción con determinadas barreras lo que puede llegar a impedir o limitar la participación social plena y efectiva del individuo.

El artículo 3 contiene los principios generales que servirán de orientación en la interpretación y aplicación de la Convención. Según el precepto, los ocho principios que informarán la Convención son los siguientes:

“Los principios de la presente Convención serán:

- 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 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”.

Como ya mantuvimos en otro lugar, la mayor parte de estos principios son la traducción concreta de los principios generales que inspiran el respeto y protección de los derechos humanos de cualquier grupo vulnerable²²⁵. Estos principios fueron brillantemente expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre la condición jurídica y derechos de los inmigrantes indocumentados²²⁶.

Muchos de los principios reconocidos en esta disposición son principios generalmente aceptados y reconocidos por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto, como por ejemplo: el respeto a la dignidad inherente como fundamento de los derechos humanos, la autonomía individual, que incluye la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la igualdad de oportunidades; o la igualdad entre el hombre y la mujer. Pero, además, esta disposición incluye una serie de principios que, por su especificidad al ámbito de la discapacidad o por su especial relevancia en la Convención, merecen ser destacados.

La letra d) consagra como principio el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas. Se trata de un principio que traspasa toda la Convención y viene referido a la exigencia de respetar, aceptar y, consecuentemente, valorar la diferencia inherente a todos los seres humanos, con o sin discapacidad. Señala Sanjosé Gil “que la Convención de 2006 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. Y la sociedad debe

²²⁵ J. Cardona Llorens e I. Biel Portero, “Derechos humanos y capacidad diversa: la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en VV. AA., *Studi in Onore di Umberto Leanza*, Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008, pp. 37 y ss.

²²⁶ Opinión consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

reconocer esas diferencias como un enriquecimiento, aceptándolas e integrándolas, de forma que no se menoscabe *el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana* [párrafo primero del Preámbulo]²²⁷.

El principio de accesibilidad, reconocido en la letra f), implica la eliminación de todas las barreras que hacen inaccesible el ejercicio de los derechos. Es cierto que el artículo 9 de la Convención regula el derecho a la accesibilidad. Pero el principio de accesibilidad va más allá. Conforme al artículo 9, a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados partes adoptarán medidas apropiadas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertas al público, o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Pero el principio de accesibilidad no se limita al acceso a las instalaciones y a la tecnología, es decir, a la eliminación de las barreras físicas, sino que abarca el acceso al ejercicio de todos los derechos. En otras palabras, se dirige a la creación de una sociedad accesible en la que desaparezcan todas las barreras, sean cuales sean²²⁸.

Por otra parte, el artículo 3, en sus letras g) y h), se refiere a dos grupos de personas específicas, como son las mujeres y los niños con discapacidad. Pese a que la Convención está dirigida a todas las personas con discapacidad sin distinción, la especial vulnerabilidad de algunas personas, materializada en una situación de debilidad, desventaja o de mayor vulneración de sus derechos, justifica la inclusión de ambos principios en el artículo que, además, son desarrollados de forma específica por dos artículos de la Convención. En el artículo 6, “los Estados Partes

²²⁷ A. Sanjosé Gil, “El primer tratado de...”, *op. cit.*, p. 13.

²²⁸ J. Cardona Llorens e I. Biel Portero, *op. cit.*, p. 40.

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”. El artículo 7, relativo a los niños y niñas con discapacidad, establece el compromiso de los Estados en lo referido a la adopción de todas aquellas medidas necesarias para asegurar que aquellos “gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, con especial atención a su interés superior, y reconociendo su derecho a expresarse libremente sobre todas las cuestiones que les afecten. Indudablemente, la inclusión de la perspectiva de género y la infancia entre los principios de la Convención debe ser acogida como un gran avance en la regulación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, y del Derecho internacional de los Derechos Humanos en general. Sin embargo, como señala Lawson, resulta sorprendente que no fuesen incluidas referencias a la igualdad racial o a las personas mayores²²⁹.

La letra b) del artículo 3 enuncia uno de los principios fundamentales de la Convención: la no discriminación. El principio de no discriminación es un principio central, uno de los pilares de la Convención, que interactúa de forma transversal con los diversos derechos reconocidos en ella. Y lo hace hasta tal punto que la expresión “en igualdad de condiciones con” las demás personas se repite hasta treinta y cinco veces a lo largo del articulado.

Además, este principio es objeto de desarrollo en el artículo 5, que reconoce el derecho a la igualdad y la no discriminación:

1. “Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

²²⁹ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 591.

2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

En este precepto, advierte Waddington, pueden diferenciarse dos enfoques diferentes del derecho a la igualdad, ligado al principio de no discriminación. Por un lado, la igualdad formal o igualdad ante la ley reconocida en el párrafo primero. Y por otro lado, un enfoque más sustantivo, representado por la obligación de realizar ajustes razonables, el carácter no discriminatorio de las medidas positivas y, según la autora, la prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad²³⁰.

En el artículo 2 se define la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”. Precisa el artículo que dicho concepto incluye “todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

Los ajustes razonables son, según el mismo artículo 2, “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

²³⁰ L. Waddington, “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, 4 *Maastricht Faculty of Law Working Paper* (2007), p. 5. No obstante, podría cuestionarse si la prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad entra dentro del contenido formal o material del derecho a la igualdad. Véase al respecto el apartado de esta tesis relativo a dicho derecho, pp. 310 y ss.

demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Sobre los ajustes razonables y el derecho a la no discriminación, que, como han destacado Kayess y French, quizá sea el elemento más valioso de cuantos se han regulado en la Convención²³¹, volveremos más adelante en el análisis jurídico material de la Parte II²³².

(iv) *Obligaciones de los Estados*

El tema relativo a las obligaciones que la Convención impone a los Estados, su tipología y su exigibilidad, es uno de los más interesantes de cuantos se regulan en la Convención. A la espera de que en un futuro próximo el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ejerza al respecto su función interpretativa, la doctrina especializada se ha mostrado especialmente atenta a esta cuestión.

En la Convención se diferencian dos tipos de obligaciones dirigidas a los Estados. Por un lado, las obligaciones específicas que derivan de cada uno de los derechos reconocidos en la Convención. El contenido de estas obligaciones, intrínsecamente ligado al derecho concreto del que resultan, se analizan en la Parte II de esta tesis. Por otro lado, el artículo 4 de la Convención regula las obligaciones generales de los Estados. Son las obligaciones esenciales dirigidas a todo Estado parte que, en palabras de Quinn, insertan el tratado en el corazón de las políticas nacionales sobre discapacidad.²³³. Según el primer apartado del artículo, los Estados “se comprometen a 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”. Para desempeñar este cometido, en el mismo artículo 4.1 se describen el conjunto de actuaciones que los Estados deberán realizar:

²³¹ R. Kayess y P. French, *op. cit.*, p. 27.

²³² Véanse las pp. 320 y ss.

²³³ “Effectively, Article 4 seeks to place the treaty at the heart of domestic disability policy.”. G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, p. 12.

- a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
- c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- e) Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;
- f) Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- g) Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- h) Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- i) Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la presente Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos”.

Sin embargo, por su exigibilidad, también puede diferenciarse en la Convención entre las obligaciones inmediatas y las progresivas o de naturaleza programática. El artículo 4.2 establece que:

“Con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes 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 presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional”.

Mientras que los Estados deberán garantizar de forma inmediata el ejercicio de los derechos civiles y políticos, la adopción de las medidas necesarias para el ejercicio

pleno de los derechos económicos, sociales y culturales podrá realizarse de forma progresiva, de acuerdo con los recursos disponibles. Este artículo nació como respuesta a los temores de algunos Estados, sobre todo los europeos, acerca de que a través de los mencionados “ajustes razonables” se abriese la puerta a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales²³⁴. A cambio se logró que desapareciera del texto final de la Convención toda referencia en cualquier otro artículo a la disponibilidad de recursos o a la progresividad de las obligaciones de los Estados, que, en gran medida, podían suponer un menoscabo a la eficacia de los derechos reconocidos.

Por lo tanto, es posible afirmar que existe una jerarquía entre las obligaciones que la Convención impone a los Estados y, en consecuencia, entre las diferentes categorías de derechos reconocidos en ella²³⁵. No obstante, esta aparente jerarquía queda matizada en el plano práctico, puesto que la gran mayoría de artículos concretos de la Convención entremezclan obligaciones inmediatas y progresivas al regular un mismo derecho. En otras palabras, pese a que el artículo 4.2 diferencia entre derechos económicos, sociales y culturales, cuya realización será progresiva, y derechos civiles y políticos, que deberán ser asegurados y promovidos de forma inmediata, resulta una tarea enormemente confusa determinar los casos en que un derecho de la Convención responde exactamente a una categoría u otra. No sólo porque no existe distinción formal en el texto, sino porque algunos derechos, al adaptarse a las especificidades de la discapacidad, contienen elementos propios de ambas generaciones. Sirva como ejemplo el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad que se recoge en el artículo 19²³⁶. Precisamente, una

²³⁴ G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, p. 9.

²³⁵ En este sentido, véase A. Sanjosé Gil, “El primer tratado de...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss.

²³⁶ Artículo 19. Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad:

“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, asegurando en especial que:

de las razones por las que no se incluyeron de forma separada los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales fue, además de por la complejidad de algunos derechos que contienen caracteres de ambas tipologías, por la voluntad de evitar una gradación formal entre los preceptos²³⁷.

Hasta que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad comience a pronunciarse sobre cada caso concreto, una de las maneras de diferenciar entre ambos tipos de obligaciones es la que propone Mégret²³⁸. En el texto de la Convención se diferencian dos formas de enunciar las obligaciones de los Estados. Las obligaciones inmediatas serían aquellas introducidas por el verbo en su tiempo futuro (los Estados “adoptarán”), que sugiere una actuación más directa y próxima. En cambio, las obligaciones progresivas irían precedidas de otros tiempos verbales o de fórmulas del tipo “los Estados Partes se comprometen a”, con un significado mucho más programático. Esta diferencia se aprecia mucho mejor en la versión inglesa de la Convención, con el uso de las expresiones “*shall*” y “*undertake*” respectivamente²³⁹. No obstante, este análisis material de las obligaciones atendiendo al enunciado formal de cada uno de los preceptos no deja de ser una mera aproximación.

Es cierto que el artículo 4.2 supone una limitación importante respecto a la exigibilidad de los derechos de la Convención. Limitación que, por otro lado, no es nada novedosa en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Pero esta

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades”.

²³⁷ D. MacKay, *op. cit.*, p. 330.

²³⁸ F. Mégret, “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, 12 (2) *The International Journal of Human Rights* (2008), pp. 269 y 270.

²³⁹ *Ibid.*, p. 270.

excepción a la exigibilidad inmediata de los derechos no absuelve a los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales. No es una cláusula en blanco que dependa de la discreción de quienes ha ratificado la Convención. En primer lugar, porque no son los derechos económicos, sociales y culturales los que se remiten a ser alcanzados de manera progresiva, sino las medidas previstas para alcanzar su plena realización²⁴⁰. Y en segundo lugar, porque de acuerdo con los artículos 3 y 5, los Estados deben asegurar que todos los derechos reconocidos sean ejercidos de manera no discriminatoria. Y esta sí es una obligación inmediata.

Además, es fundamental poner en relación esta cuestión con la Observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a la índole de las obligaciones de los Estados Partes²⁴¹. En relación con el artículo 2.1 del Pacto cuyo enunciado es notablemente similar al del artículo 4.2 de la Convención, el Comité afirmó que:

“[...] El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a

²⁴⁰ A. Sanjosé Gil, “El primer tratado de...”, *op. cit.*, pp. 22 y 23.

²⁴¹ Observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), de 1990 (E/C.12/1990/8).

la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”²⁴².

En consecuencia:

“[...] el Comité es de la opinión de que *corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos*. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata. El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga". Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”²⁴³.

Y pese a ello, en cualquier caso el Comité señaló que:

“[...] aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción [...]”²⁴⁴.

A la luz de las consideraciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el artículo 2.1 del Pacto, en relación con el artículo 4.2 de la Convención y, particularmente con la expresión “sin perjuicio de las obligaciones previstas en la presente Convención que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional” contenida en el mismo artículo, es posible afirmar que sí existe un mínimo exigible de manera inmediata. Sanjosé Gil resume esta cuestión

²⁴² *Ibid.*, párrafo 9. Énfasis añadido.

²⁴³ *Ibid.*, párrafo 10. Énfasis añadido.

²⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 11.

cuando afirma que “queda pues claro que los derechos se tienen, en todo caso, y que el Estado debe garantizar las medidas, al menos, en un mínimo suficiente para su ejercicio, y, en el caso de que no sea posible la adopción de alguna medida, deberá justificar que ha realizado todos los esfuerzos para utilizar todos los recursos que estén a su disposición para proporcionar esa medida y ello no ha sido posible. Y estas obligaciones sí son directamente exigibles”²⁴⁵.

Además, el artículo 4 contiene otras disposiciones relevantes. El tercer apartado del precepto obliga a los Estados a colaborar y contar con la participación de las propias personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de legislación y políticas necesarias hacer efectiva la Convención, así como en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones que les afecten.

Por su parte, el párrafo cuarto recuerda que la Convención no afectará a cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico nacional o internacional que regule de forma más favorable los derechos de las personas con discapacidad.

Finalmente, es oportuno mencionar el artículo 8 de la Convención que, de manera general, obliga a los Estados 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”.

(v) *El núcleo de la Convención: los derechos*

Como se ha visto, pese a la importante referencia del artículo 4.2, la Convención no diferencia entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. No existe división formal alguna, y muchos de los preceptos entremezclan elementos

²⁴⁵ A. Sanjosé Gil, “El primer tratado de...”, *op. cit.*, p. 24.

propios de ambas categorías. Por ese motivo, para ilustrar mejor los derechos concretos reconocidos, resulta especialmente atractiva la clasificación propuesta por Gerard Quinn, que los relaciona con los principios generales proclamados en el artículo 3 de la Convención²⁴⁶. Así, puede diferenciarse entre los derechos relativos a la dignidad, derechos relativos a la libertad, derechos de autonomía e independencia, derechos de inclusión y participación y los derechos relativos a la solidaridad. No obstante, estos grupos también están profundamente interrelacionados, y no siempre es sencillo delimitar las fronteras entre ellos.

Los derechos de dignidad incluyen el derecho a la vida (artículo 10), la protección en situaciones de riesgo y emergencias humanitarias (artículo 11), la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 15), la protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16) y la protección de la integridad personal (artículo 17). Estos derechos tan esenciales como básicos, adquieren una dimensión especial para las personas con discapacidad. No son extraños los casos de aborto porque el feto tenga algún tipo de discapacidad, los casos de internamiento forzoso en instituciones o los supuestos de tratamiento médico no consentido. También es positiva la previsión de protección en situaciones de riesgo, lo que incluye los conflictos armados, pues las guerras constituyen una fuente devastadora de discapacidad que, además, afecta de forma especialmente cruel a los niños y las mujeres.

Los derechos de libertad están representados por la libertad y seguridad de la persona (artículo 14), la libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18), el derecho a la movilidad personal (artículo 20) y la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21). Entre estos derechos destaca, por su especialidad en el contexto de la discapacidad, el derecho a la movilidad personal, que implica facilitar la movilidad de las personas con discapacidad, en la forma y en el momento que deseen, y el acceso de las personas con discapacidad a formas de

²⁴⁶ G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad.

Los derechos de autonomía e independencia incluyen el igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12), el respeto de la privacidad (artículo 22) así como del hogar y la familia (artículo 23), la habilitación y rehabilitación (artículo 26) y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19). No obstante este último derecho estaría a medio camino entre este grupo de derechos, y el grupo relativo a los derechos de inclusión y participación. Sólo a través de una vida independiente, hasta el máximo grado posible, una persona puede aspirar a formar parte de la comunidad que la rodea con serias garantías.

Otro elemento que puede destacarse es que la rehabilitación ya no es la finalidad última, como lo era en el contexto del modelo médico de la discapacidad. Ahora es, de acuerdo con el artículo 26, un derecho más; un elemento para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida.

Los derechos de inclusión y participación abarcan el derecho a la accesibilidad (artículo 9), el acceso a la justicia (artículo 13), la participación en la vida política y pública (artículo 29) y la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (artículo 30). En este sentido, los Estados deberán garantizar a las personas con discapacidad la oportunidad de participar en igualdad de condiciones con los demás, de forma efectiva y completa.

Por último, Quinn habla de derechos de solidaridad para referirse al derecho a la educación (artículo 24), el derecho a la salud (artículo 25), el derecho al trabajo y al empleo (artículo 27) y a gozar de un nivel de vida adecuado y de protección social (artículo 28). Aunque la solidaridad no está explícitamente incluida como principio en la Convención, Gerard Quinn y Theresia Degener ya se refirieron a

ella con anterioridad, catalogándola de valor esencial de los derechos humanos²⁴⁷. Para ellos, la solidaridad, basada en el reconocimiento de la existencia de lazos y obligaciones mutuas entre la gente, consiste en preparar a las personas para su participación en todos los procesos sociales²⁴⁸.

Sin entrar en consideraciones materiales sobre cada uno de los derechos, pues estas se realizan en otro lugar de la tesis, resulta preciso plantear una interesante cuestión al respecto. Se trata de dilucidar si la Convención simplemente adapta los derechos ya existentes a las especificidades de la discapacidad, o realmente está creando derechos que son específicos de las personas con discapacidad. En otras palabras, la cuestión que se plantea es si la Convención reconoce o no nuevos derechos a las personas con discapacidad²⁴⁹. Un lugar común en gran parte de la doctrina, y también en el seno de Naciones Unidas, es que con la Convención no se crean nuevos derechos²⁵⁰. Sin embargo, dicha afirmación debe ser, cuanto menos, matizada.

Tanto Mégret por un lado, como Kayess y French por otro, han puesto de manifiesto que la Convención reformula, modifica y añade nuevos conceptos a los derechos humanos *tradicionales*²⁵¹.

A diferencia de otros tratados de derechos humanos, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad regula con gran detalle el modo en el que los derechos incluidos deben ser desarrollados. De esta forma, explícita en cada supuesto los aspectos problemáticos para el acceso a los derechos por parte de

²⁴⁷ G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 15.

²⁴⁹ Frédéric Mégret ha analizado esta cuestión con notable profundidad y acierto en un reciente artículo. F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", 30 *Human Rights Quarterly* (2008), pp. 494-516.

²⁵⁰ Véanse, por ejemplo, la publicación de Naciones Unidas *Discapacidad. Manual para Parlamentarios*, Ginebra: Publicación de Naciones Unidas, 2007, p. 23; o las notas de prensa HR/4954, de 2 de mayo de 2008, relativa a la entrada en vigor del Protocolo facultativo, y n. 6148, de 12 de mayo de 2008, sobre la entrada en vigor de la Convención.

²⁵¹ F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or...", *op. cit.*, pp. 499 y ss., así como R. Kayess y P. French, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

las personas con discapacidad, indicando a los Estados cómo deben asegurar y garantizar los diferentes derechos. Entiende Mégret que una de las razones por las que los Pactos Internacionales no se han aplicado de forma satisfactoria a las personas con discapacidad fue la utilización de un modelo sumamente igualitario en la regulación de derechos, que no tuvo en consideración el hecho de que no todas las personas se encuentran en la misma posición de igualdad real para poder ejercer sus derechos²⁵². Esta falta de atención hacia las particularidades de las personas con discapacidad se subsana en la nueva Convención.

Por otro lado, puede apreciarse que, en determinados casos, la Convención extiende el contenido de derechos ya existentes. En primer lugar, añade obligaciones positivas a los Estados al regular derechos tradicionalmente negativos. Por ejemplo, la Convención no se limita a reconocer en su artículo 21 el derecho a la libertad de expresión y opinión, sino que exige a los Estados que adopten todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer esos derechos, facilitando la información dirigida al público en general en formato accesible y con las tecnologías adecuadas o aceptando la utilización de la lengua de señas, el Braille y otros modos, medios y formatos accesibles. En segundo lugar, regula de forma separada y autónoma derechos que, sin ser nuevos, tienen una especial significación en el ámbito de la discapacidad. Es el caso del artículo 16, que reconoce el derecho a la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. Este derecho parece una especificación del derecho a la libertad y a la seguridad personales y a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puesto que cualquier supuesto de violencia o abuso quedaría amparado por aquellos²⁵³. Sin embargo, aún cuando la Convención sobre la

²⁵² *Ibid.*, pp. 505 y 506.

²⁵³ El derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y el derecho a la libertad y a la seguridad personales se regulan en los artículos 7 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente.

Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño se refieren a la explotación, y sólo la segunda al abuso, en ningún instrumento se regula el derecho a la protección frente a la violencia, ni en los términos en los que lo hace la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁵⁴. Otro ejemplo sería el derecho a la movilidad personal del artículo 20, que deriva del derecho más amplio a la libertad de desplazamiento.

Además, pueden encontrarse en la Convención conceptos nunca antes reconocidos en otros tratados internacionales de derechos humanos. Es el caso del derecho a la accesibilidad regulado en el artículo 9, o del principio de autonomía individual incluido en el artículo 3. La razón por la que nunca antes se han regulado estos conceptos en otros tratados internacionales podría encontrarse en la naturaleza generalista de aquellos, que, obviando la perspectiva de la discapacidad, dieron por supuestas la autonomía de todo ser humano y la accesibilidad del entorno²⁵⁵. Ahora bien, no es posible mantener de forma taxativa que dichos conceptos sean nuevos derechos, puesto que la autonomía personal no deja de tener la consideración de principio que informa la Convención, y la accesibilidad no se regula de forma expresa como derecho subjetivo de las personas con discapacidad, sino como obligación de los Estados.

En parte, la accesibilidad, más que un nuevo derecho diferente a los ya reconocidos, es un presupuesto necesario para el ejercicio efectivo de los demás derechos incluidos en la Convención, que forma parte, en ocasiones, del contenido sustantivo de aquellos. Sin embargo, y así se verá, creemos que a través de una interpretación integradora con la normativa internacional reciente puede llegar a afirmarse que la accesibilidad, como derecho, sí gozaría de cierto contenido

²⁵⁴ Véanse los artículos 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y 34, 35 y 36 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁵⁵ Véase al respecto F. Mégret, "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or...", *op. cit.*, p. 513.

autónomo, pudiendo ser considerada auténtico derecho subjetivo²⁵⁶. No obstante, no es una cuestión resuelta, pues ni la Convención es clara al respecto, ni se ha producido, por el momento, pronunciamiento alguno sobre el asunto por los órganos de vigilancia de los derechos humanos.

En líneas generales, no podemos afirmar de forma tajante que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad crea nuevos derechos, porque dudosamente lo hace. Pero mantener que simplemente adapta los derechos ya existentes a las personas con discapacidad es igualmente inexacto. Al adaptarlos a las particularidades de la discapacidad, la Convención modifica y reformula los conceptos sobre los que se asientan las regulaciones tradicionales de los derechos humanos hasta el punto de, como se verá, supone una gran innovación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

(vi) El mecanismo de vigilancia de la Convención

El hecho de reconocer un amplio catálogo de derechos a las personas con discapacidad sirve de muy poco si no se garantiza, en cierta medida, su realización *de facto*. Como en lo demás tratados de derechos humanos, la Convención incorpora un mecanismo de fiscalización internacional que, directa o indirectamente, otorga cierto nivel de protección al individuo.

El mecanismo de vigilancia previsto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene una vertiente nacional y otra internacional. En el plano nacional, de conformidad con el artículo 33, los Estados parte deberán designar un organismo público que será el encargado de todas las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención. Además, también deberán designar o establecer una institución independiente dirigida a promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención.

²⁵⁶ Véase el apartado de esta tesis relativo al derecho a la accesibilidad, pp. 457 y ss.

En el plano internacional, además de prever la celebración de una Conferencia bianual de los Estados parte, que se reunirán para considerar todo asunto relativo a la aplicación de la Convención, se crea en el artículo 34 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Dicho Comité estará formado por 12 expertos independientes, pudiendo ampliarse su composición hasta 18 miembros si se alcanzasen otras 60 ratificaciones tras la entrada en vigor.

El principal cometido del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la consideración de los informes periódicos que los Estados parte están obligados a presentar. Tras la entrada en vigor de la Convención, los Estados disponen de un plazo de dos años para presentar un informe exhaustivo sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento sus obligaciones y los progresos realizados al respecto. Posteriormente, los Estados remitirán sus informes cada cuatro años o cuando el Comité se lo solicite. Una vez examinados, el Comité podrá hacer las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas y remitirlas a los Estados.

Además, el Comité también podrá ejercer una función interpretativa o clarificadora a través de la realización de recomendaciones generales. Por lo demás, la Convención no prevé que el Comité pueda desempeñar otro tipo de competencias.

Como se dijo, la reticencia de numerosos Estados a incluir un mecanismo de supervisión fue lo que llevó a la elaboración de un Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Protocolo, que entró en vigor el mismo día que la Convención, establece dos procedimientos complementarios al examen de informes periódicos. Por una parte, el Comité podrá recibir y considerar comunicaciones individuales presentadas por personas o grupos víctimas de una posible violación de la Convención por un Estado parte. Por otra, el Comité podrá iniciar un procedimiento de investigación al recibir información fidedigna de violaciones graves o sistemáticas por un Estado de los derechos recogidos en la Convención. Sin embargo, cualquier Estado parte del Protocolo facultativo podrá, en el momento de la firma o de la ratificación, excluir

la competencia del Comité para la realización de investigaciones. Esta fue otra de las importantes concesiones que hubo que realizar para sacar adelante la Convención y su Protocolo²⁵⁷.

d) La Convención en el Derecho internacional de los Derechos Humanos

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se incorpora al sistema de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, complementándolos y continuando con el proceso de especificación y multiplicación de los derechos descrito por Bobbio²⁵⁸. Pero además, la Convención puede suponer una importante aportación al Derecho internacional de los Derechos Humanos, no sólo por constituir un nuevo instrumento jurídicamente vinculante para la protección de los derechos humanos, sino por el enfoque moderno que adopta. Con ella se superan muchas de las dicotomías clásicas presentes en otros tratados de derechos humanos y se incorporan diversos aspectos de carácter novedoso.

Respecto a su proceso de creación, hay un factor que destaca por su innovación y porque, a la postre, ha terminado por ser una de las claves del éxito de la Convención. Se trata de la publicidad y difusión de las negociaciones y el rol determinante que tuvo en las mismas la sociedad civil. El proceso negociador pudo seguirse al día gracias a la transcripción de los debates en Internet. De esta forma, todos pudimos ser partícipes de los avances y retrocesos que, en cada periodo de sesiones, tenían lugar en el seno del Comité Especial. Además, en su primer período de sesiones, el Comité Especial decidió que los representantes de

²⁵⁷ Véase al respecto A. Lawson, "The United Nations Convention...", *op. cit.*, pp. 614 y ss.

²⁵⁸ N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid: Editorial Sistema, 1991, pp. 109 y ss. Sobre esta cuestión, y otras relacionadas con la protección internacional de las personas con discapacidad, véase C. R. Fernández Liesa, "Codificación internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad", en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 88 y ss.

organizaciones no gubernamentales acreditadas pudiesen asistir a sus reuniones y participar en las mismas formulando declaraciones. De la misma manera, el Comité también invitó a las instituciones nacionales de derechos humanos, así como a las instituciones nacionales sobre discapacidad a participar en sus sesiones. De hecho, su participación fue determinante. El peso específico de estas organizaciones e instituciones se ha visto reflejado en las disposiciones de la Convención²⁵⁹. Sirvan como ejemplo los artículos 4.3, que exige a los Estados colaborar y consultar a las organizaciones representativas de las personas con discapacidad en los procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la discapacidad, o el artículo 33, que además de obligar a los Estados a designar una institución nacional de protección y promoción de los derechos humanos dirigida a promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención, establece en su punto 3 que “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”.

Como se ha visto, la Convención adopta un enfoque mixto en su estructura entre el modelo integral y holístico y el modelo de no discriminación. Reconoce un amplio catálogo de derechos sustantivos adaptados a las especificidades que para su ejercicio precisan las personas con discapacidad, informado a su vez por el principio de no discriminación, que se extiende e interactúa sobre el conjunto de disposiciones. Además, pese a la limitación prevista en el artículo 4.2, no existe distinción formal alguna en el texto entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, muchos de los derechos regulados en la Convención entremezclan elementos tradicionalmente vinculados a ambas generaciones de derechos. En consecuencia, desde el punto de vista práctico, es una tarea compleja determinar si determinados derechos pertenecen a una categoría de derechos concreta o a otra.

²⁵⁹ Véase al respecto C. de La Hougue, “La Convention Internationale Relative Aux Droits Des Personnes Handicapées”, 6 *Droits Fondamentaux* (2006), pp. 7 y 8.

También se ha visto que la gran mayoría de los artículos vinculan los derechos reconocidos con las obligaciones establecidas a los Estados. A diferencia de otros tratados, la Convención detalla con sumo detalle las medidas y actuaciones concretas que los Estados deberán llevar a cabo para asegurar el respeto y el ejercicio efectivo de los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Ello redundará en un texto extenso y con un alto nivel de desarrollo. Asimismo, todos los artículos de la Convención incorporan un título, proporcionando una mayor claridad expositiva.

Otra de las novedades reside en la Conferencia bianual de los Estados parte, que complementa los mecanismos de vigilancia de la Convención. A través de la misma, se pretende crear un foro periódico de debate y discusión para los Estados de todos aquellos asuntos relacionados con la aplicación del tratado. Ningún instrumento de derechos humanos había previsto con anterioridad un mecanismo similar, aunque sí se había articulado un procedimiento parecido, por ejemplo, en la Convención de 1997 sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción²⁶⁰.

Con esta exposición se pretende dar continuidad al estudio iniciado por Mégret, afirmando que la Convención no sólo puede ser valiosa para las personas con discapacidad, sino también para el Derecho internacional de los Derechos Humanos²⁶¹. La Convención ofrece una visión de los derechos humanos moderna, basada en una sociedad plural que valore la diferencia y respete la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos con independencia de sus diferencias y en la que todos lleguen a estar en un nivel de igualdad en el ejercicio de sus derechos. En este sentido, puede afirmarse que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no sólo es un tratado relativo a los derechos de las personas con discapacidad, sino un instrumento que engrandece los derechos

²⁶⁰ Aprobada el 18 de septiembre de 1997 por la Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal, y en vigor desde el 1 de marzo de 1999.

²⁶¹ F. Mégret, "The Disabilities Convention: Towards...", *op. cit.*, 261-277.

humanos de todas las personas, incorporando el nuevo paradigma de la diferencia. Consecuentemente, la sociedad debe reconocer, aceptar y valorar esa diferencia como presupuesto incuestionable para “el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”²⁶².

Pero además, parafraseando a Lawson, con la Convención podríamos estar asistiendo al inicio de una *nueva era* para las personas con discapacidad²⁶³. Es cierto que la Convención básicamente propone un punto de partida, un modelo cuyo éxito dependerá fundamentalmente de los esfuerzos de los Estados a la hora de aplicarla y desarrollarla. Ahora bien, nunca antes la discapacidad había conocido mejor modelo en el Derecho internacional.

1.1.4 Medidas de promoción de los derechos

Como ya se ha visto en la introducción histórica, las medidas adoptadas por las Naciones Unidas en materia de discapacidad no se han limitado al ámbito normativo y el reconocimiento de derechos. Junto con aquellas, se han desarrollado y desarrollan diversas iniciativas de naturaleza promocional. La finalidad de las mismas es difundir e informar sobre la realidad de las personas con discapacidad en el mundo, concienciar a la sociedad y servir de impulso para la consecución de los objetivos previstos en las normas examinadas. Si bien la mayor parte de estas medidas giran en torno a la celebración y conmemoración de determinadas fechas, abarcan también otros ámbitos, como la investigación o el debate científico. Es cierto que el estudio de las mismas o su impacto exceden el objeto de esta tesis; pese a ello, parece conveniente referirse a ellas en aras de obtener una visión integral del trabajo realizado por la Organización. A continuación se exponen de forma sucinta algunas de estas iniciativas.

²⁶² Letra a) del Preámbulo.

²⁶³ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 619.

1.1.4.1 EL AÑO INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 1981

En diciembre de 1976, la Asamblea General proclamó 1981 como el Año Internacional de los *Impedidos*²⁶⁴. La finalidad subyacente del Año Internacional era establecer un plan internacional, regional y nacional que se centrara en la prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades de las personas con discapacidad. El Año Internacional se celebró bajo el lema “participación e igualdad plenas”, tratando de lograr una mayor concienciación internacional, a todos los niveles, en materia de discapacidad²⁶⁵. En particular, los objetivos propuestos abarcaron, entre otros:

- “a) Ayudar a los impedidos a su adaptación física y psicológica a la sociedad;
- b) Promover todos los esfuerzos nacionales e internacionales tendientes a prestar a los impedidos asistencia, atención, capacitación y orientación apropiadas, así como a poner a su disposición oportunidades de trabajo adecuado y asegurar su integración plena en la sociedad;
- c) Estimular los proyectos de estudio e investigación destinadas a facilitar la participación práctica de los impedidos en la vida cotidiana, por ejemplo mejorando su acceso a los edificios públicos y a los sistemas de transporte;
- d) Educar e informar al público sobre el derecho de los impedidos a participar en los diversos aspectos de la vida económica, social y política, y aportar en su contribución;
- e) Promover medidas efectivas para la prevención de la incapacidad y para la rehabilitación de los impedidos”.

Durante 1981 se realizaron numerosas actividades con la finalidad de situar a la persona con discapacidad al mismo nivel que la persona que no la tiene, a través de la aceptación y concienciación social. Muchos Estados miembros aprovecharon la celebración del evento para desarrollar planes y programas dirigidos a las personas con discapacidad. En Naciones Unidas la discapacidad pasó a ser considerada como tema de trabajo²⁶⁶. Aún así, pese al impacto que tal evento causó en el panorama

²⁶⁴ Resolución de la Asamblea General 31/123 de 16 de diciembre de 1976.

²⁶⁵ El tema inicial previsto del Año Internacional de los Impedidos era “participación plena”, pero en virtud de las recomendaciones del Comité Asesor del mismo, la Asamblea General decidió ampliar el mismo a “participación e igualdad plenas” en su resolución 34/154 de 17 de diciembre de 1979.

²⁶⁶ Véase, por ejemplo, la resolución de la Asamblea General 36/77 de 8 de diciembre de 1981.

internacional, no fue sino el génesis de un largo historial de iniciativas y esfuerzos en la materia.

1.1.4.2 EL DECENIO DE NACIONES UNIDAS PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 1983-1992

Tras contemplar el éxito que había supuesto el Año Internacional, y el largo camino que quedaba por recorrer, el de 3 de diciembre 1982, la Asamblea General proclamó el Decenio de Naciones Unidas para los *Impedidos* (1983-1992)²⁶⁷. El objetivo del Decenio era establecer un marco temporal que permitiese el desarrollo y ejecución de las actividades incluidas en el Programa de Acción Mundial, y celebrar durante el mismo, o al final, una Convención internacional dirigida a la protección específica de las personas con discapacidad. La Asamblea General lo definió en su resolución como “un plan de acción a largo plazo”, e instó a los Estados a utilizarlo como medio para ejecutar el Programa de Acción Mundial.

Durante el Decenio se realizaron diversas actividades en materia de discapacidad. Fueron varios los seminarios y reuniones de expertos celebradas durante aquellos años. En 1987, al llegar al ecuador del Decenio, se celebró en Estocolmo una reunión mundial de expertos encargada de evaluar y examinar los avances del mismo. Durante la misma se insistió en la importancia de elaborar un texto vinculante en el que se reconociesen los derechos de las personas con discapacidad. Además, como las actividades y progresos realizados durante la primera mitad del Decenio no alcanzaron el ritmo que se había previsto en un primer momento, tras abordar las posibles causas, se decidió que las cuestiones relativas a la discapacidad deberían tratarse de manera más profunda y de modo interdisciplinar. Como resultado del aquél impulso se adoptaron normas como las Directrices de Tallin para el Desarrollo de los recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos o los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental. Sin embargo, como ya se ha visto,

²⁶⁷ Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982.

los intentos por adoptar un instrumento internacional vinculante sobre discapacidad fracasaron.

La falta de recursos económicos destinados al Decenio, junto con otros factores, como por ejemplo el escaso interés que muchos Estados mostraron hacia las personas con discapacidad, repercutieron seriamente sobre el mismo²⁶⁸. Si bien es cierto que supuso un avance, también lo es que no cumplió con todos los objetivos planteados.

1.1.4.3 EL DÍA INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: 3 DE DICIEMBRE

En 1992, al finalizar el Decenio, la Asamblea General de las Naciones Unidas acordó que el 3 de diciembre de cada año sería considerado como el Día Internacional de las Personas con Discapacidad²⁶⁹. Se escogió tal fecha por coincidir con el aniversario de la proclamación del Programa de Acción Mundial para los Impedidos y el Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad.

El objetivo del Día Internacional es por un lado, despertar la conciencia y el entendimiento respecto a la discapacidad, y por otro, apoyar la acción en todos los niveles en el ámbito de la discapacidad. Además, como suele ser habitual, Naciones Unidas le ha dado un carácter temático a esta conmemoración, y cada año se celebra el día bajo un lema diferente. Con ello se pretende que tanto los Estados, como las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, y la sociedad en general, presten, aunque sólo sea por un día, una especial atención a la situación de estas personas, con la finalidad de lograr una mayor sensibilización y concienciación en lo relativo a su integración y participación.

²⁶⁸ Tanto la Organización como la doctrina han aducido otros factores, como por ejemplo, el incorrecto planteamiento de las políticas relativas a la discapacidad, que permanecieron aisladas y sin integrarse dentro de cada área. S. Gorbeña (y otros), *op. cit.*, p. 68.

²⁶⁹ Resolución de la Asamblea General 47/3 de 14 de octubre de 1992.

El último Día Internacional de las Personas con Discapacidad, que se conmemoró el pasado 3 de diciembre de 2008 bajo el lema “Dignidad y justicia para todos”, sirvió para celebrar la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁷⁰. Durante la multitud de actos que tuvieron lugar ese día se enfatizó la importancia que los derechos humanos tienen para las personas con discapacidad, y se invitó a los Estados a que continuasen el proceso de ratificación de la Convención. Además, el lema escogido fue el mismo que días después se utilizó para conmemorar el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

1.1.4.4 OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN Y DIFUSIÓN

El estudio e investigación científicos son determinantes para el desarrollo de una materia. En Naciones Unidas, consciente de ello, han impulsado en las últimas décadas la realización de estudios que permitan un mejor desarrollo de las cuestiones relativas a la discapacidad, y una promoción racionalizada de los derechos de las personas con discapacidad.

Sin mencionar aquí los estudios elaborados por diversos relatores especiales de la Organización —ya referidos en esta tesis—, se han elaborado por personal técnico de la misma otros muchos referidos a áreas o temas tanto generales como específicos. Así, encontramos estudios sobre accesibilidad en Internet, edificación, educación, tratamiento sanitario de las discapacidades, capacitación de personal, entre otros²⁷¹.

Además, la Secretaría de las Naciones Unidas ha organizado seminarios y reuniones mundiales de expertos en discapacidad por todo el mundo. En los

²⁷⁰ En años anteriores, los temas elegidos para la celebración del Día Internacional de las Personas con Discapacidad fueron, en 2007, el trabajo decente, en 2006, la accesibilidad electrónica, o en 2005, la acción para el desarrollo. Puede encontrarse un listado de los diferentes temas tratados en el Día Internacional en el sitio web: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=554>.

²⁷¹ Puede encontrarse un gran repertorio de estos estudios en el sitio web: <http://www.un.org/disabilities>.

últimos años se han celebrado importantes seminarios sobre discapacidad en Berkeley o Hong Kong con el objetivo de analizar las normas y principios relativos a los derechos de las personas con discapacidad, así como la posibilidad de crear nuevos instrumentos que garanticen una mayor protección de aquellos. En noviembre de 2000 el anterior Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social, Bengt Lindqvist, organizó en Estocolmo el seminario “*Que el mundo sepa*”, sobre derechos humanos y discapacidad, en el que participaron 27 expertos mundiales. El propósito del seminario era desarrollar la capacidad para determinar y comunicar las violaciones y abusos de los derechos humanos en la esfera de la discapacidad. En las conclusiones del seminario se incluyeron diversas recomendaciones para progresar en lo relativo a los derechos de las personas con discapacidad, como la vigilancia de casos particulares, o incluso de las sentencias judiciales, pero sobre todo la necesidad de elaborar un tratado específico sobre los derechos de estas personas.

La División de Estadística de la Secretaría de las Naciones Unidas desarrolla, como consecuencia de las recomendaciones incluidas en el Programa de Acción Mundial, un sistema de recopilación de datos por países. Para ello viene preparando manuales y documentos técnicos sobre cómo reunir esas estadísticas, con el objetivo de obtener un sistema estadístico más realista y práctico. La División de Estadística actualiza periódicamente la base de datos sobre estadísticas de discapacidad para presentar, en formatos más sencillos y accesibles, datos e indicadores sobre discapacidad. Muchos de sus trabajos son tenidos en consideración a la hora de desarrollar nuevas iniciativas y programas en la materia.

1.2 ORGANIZACIONES Y ORGANISMOS DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

La actividad normativa que la Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado en materia de discapacidad se complementa con todas aquellas actividades desarrolladas por las organizaciones y organismos que componen el sistema de Naciones Unidas. Al hablar de sistema de Naciones Unidas nos referimos al conjunto que, de manera coherente y coordinada, forman la Organización de las Naciones Unidas, sus programas, fondos, órganos subsidiarios y sus organismos especializados²⁷².

Sin embargo, nos centraremos exclusivamente en aquellas organizaciones y organismos cuya labor en materia de discapacidad ha sido más relevante. En primer lugar, la Organización Internacional del Trabajo, que ha sido una de las organizaciones que más atención ha prestado a las personas con discapacidad, y la primera en adoptar un tratado internacional específicamente dirigido a proteger sus derechos. En segundo lugar, la Organización Mundial de la Salud, que como se vio, viene trabajando desde hace tres décadas en la definición y la clasificación de la discapacidad. En tercer lugar, analizaremos las actividades y recomendaciones elaboradas por la UNESCO en materia educativa. Y finalmente, haremos mención a otros organismos que, como UNICEF o el Banco Mundial, también han dedicado parte de sus esfuerzos a mejorar las condiciones de vida y el respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

1.2.1 La OIT

El fundamento jurídico de la acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo en materia de discapacidad es obvio. Según estimaciones de la propia OIT, más de 400 millones de personas con discapacidad están en edad de trabajar. Sin embargo su acceso al mundo laboral está sometido a importantes limitaciones.

²⁷² Véase P. Sands y P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, Londres: Sweet & Maxwell, 2001, pp. 77 y ss.

Cuando estas personas consiguen evadir la habitual exclusión a las que son sometidas acaban siendo relegadas a puestos de trabajo marginales o que obvian sus capacidades. La negación del acceso al empleo es una violación de un derecho humano esencial y necesario, no sólo para la realización completa del ser humano, sino para que la persona pueda acceder a niveles dignos de independencia económica y social. Así, para evitar la aparición del *círculo vicioso* que implican pobreza y discapacidad, en el que ambas son causa y consecuencia de la otra, la OIT viene desarrollando una importante labor en la salvaguarda de los derechos sociales de las personas con discapacidad²⁷³.

Desde la primera mitad del siglo XX, la OIT ha sido pionera en incluir entre sus instrumentos normativos diversas referencias a las personas con discapacidad. Cuando estas personas eran aún *invisibles* para la mayor parte de las organizaciones internacionales, la OIT ya trabajaba por promover su incorporación, de forma más o menos igualitaria, al mercado de trabajo. A pesar de su ámbito material limitado, la organización, a través de valiosos esfuerzos, ha desempeñado un rol fundamental en la igualdad de oportunidades de quienes tienen una discapacidad. No es exagerado afirmar, como ha hecho Rafael De Lorenzo, que en el ámbito internacional de la discapacidad “la OIT es quien ha desarrollado una labor más continuada y comprometida”²⁷⁴.

A continuación se analizan las principales normas internacionales que en relación con la discapacidad se han adoptado en el seno de la OIT. El estudio, básicamente formal, se inicia con los primeros textos internacionales, todos ellos anteriores a la década de los cincuenta. A continuación se examinan con más detalle los tres instrumentos que la organización ha destinado de forma específica a

²⁷³ Sobre la relación entre discapacidad y pobreza, véase A. Elwan, *Poverty and Disability: A Survey of the Literature*, Washington: WB Discussion Papers, 1999, y de forma general, I. Biel Portero, “Discapacidad, Derecho internacional y cooperación al desarrollo?”, *op. cit.*, pp. 135-162.

²⁷⁴ R. De Lorenzo, “La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional”, en M. Ruiz Ortega (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003, p. 60.

las personas con discapacidad: el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168, relativos a la readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*) de 1983, y la Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955. También se enumeran otras normas que, a pesar de no estar exclusivamente dirigidas a estas personas, inciden sobre ellas. Por último, dado que la actividad normativa de la OIT representa sólo un pequeño porcentaje de su labor, se exponen algunas de sus principales iniciativas en el plano de la promoción y la cooperación técnica; en especial, su Programa de discapacidad.

1.2.1.1 ANTECEDENTES

Apenas habían pasado 6 años desde la creación de la OIT cuando, en 1925, ésta adoptó la Recomendación núm. 22 sobre el importe mínimo de las indemnizaciones por accidentes del trabajo²⁷⁵. En ella se introducen una serie de principios relativos al establecimiento de indemnizaciones por la incapacidad o muerte cuya causa radica en un accidente laboral. Además de especificar las reglas de asignación, en el punto IV, se sugiere que las legislaciones nacionales garanticen “la reeducación profesional de las víctimas de accidentes del trabajo”. Hay que destacar el precepto por su carácter vanguardista: la Conferencia General de la OIT preveía en una de sus primeras recomendaciones la readaptación y habilitación profesional de quienes sufrieron una discapacidad realizando su trabajo. No existe parangón en ninguna norma internacional de la época. Ya se ha visto que la discapacidad, a principios del siglo XX era concebida como una desgracia personal que sólo podía mitigarse a través de la caridad de quienes habían tenido *más suerte*. De hecho, fuera del ámbito de la OIT, habrá que esperar casi medio siglo para encontrar una norma internacional equivalente²⁷⁶.

²⁷⁵ Recomendación núm. 22 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), de 10 de junio de 1925.

²⁷⁶ Por ejemplo, el primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos, establecido por el Consejo de las Comunidades Europeas, mediante resolución de 27 de junio de 1974 (DO N° C 80, de 9 de julio de 1974, pp. 30-32).

Durante la Segunda Guerra Mundial, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Recomendación sobre la organización del empleo en el período de transición de la guerra a la paz de 1944²⁷⁷. El alto número de tropas desplazadas al conflicto supuso que muchos puestos de trabajo quedasen vacantes. Asimismo, muchos de los soldados que regresaban de la guerra lo hacían con secuelas en forma de discapacidades. De esta manera, se hacía necesaria una reestructuración del mercado de trabajo. La sección X de la Recomendación (párrafos 39 a 44) iba dirigida al empleo de los trabajadores *inválidos*, y regulaba los aspectos esenciales de su formación y readaptación profesional. A pesar de las deficiencias en el texto —por ejemplo, diferencia entre trabajadores *válidos* e *inválidos*— encontramos entre sus párrafos el germen de los que serán algunos de los principios básicos sobre los que décadas después se cimentarán los derechos de las personas con discapacidad. Por un lado, el párrafo 43.1 se refiere a la igualdad de oportunidades al proponer la adopción de “medidas especiales para garantizar a los trabajadores inválidos igual número de oportunidades para ingresar en un empleo que aquellas de que gocen otros trabajadores”. Por otro lado, en el párrafo 43.2 se regula el principio de discriminación positiva de los trabajadores con discapacidad (“en ciertas ocupaciones que se presten especialmente al empleo de trabajadores gravemente inválidos, dichos trabajadores deberían tener un derecho de prioridad en relación con todos los demás trabajadores”)²⁷⁸.

En los años inmediatamente posteriores al final de la guerra, se implantaron una serie de normas que de forma más o menos directa incidieron sobre la discapacidad. Así, en 1946 se adoptó el Convenio núm. 77 relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en la industria y el Convenio núm. 78 relativo al examen médico de aptitud para el empleo de los menores en trabajos

²⁷⁷ Recomendación núm. 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), de 12 de mayo de 1944.

²⁷⁸ Véase al respecto A. O'Reilly, *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007, p. 17.

no industriales ²⁷⁹ . Ambos convenios fueron complementados por la Recomendación núm. 79²⁸⁰. En los Convenios se incluyen una serie de medidas para los casos en los que el menor resulte no apto para un trabajo, industrial o no industrial, debido a la detección de anomalías y deficiencias. Ante estos supuestos, la autoridad competente debiera dictar medidas apropiadas para la orientación profesional y la readaptación física y profesional de los menores, además de promover la concesión de permisos y condiciones especiales de trabajo²⁸¹. Estas medidas se desarrollan con mayor detalle en la parte III de la Recomendación que acompañó a los Convenios.

En 1948, en el Convenio núm. 88 y la Recomendación núm. 83 relativos a la organización del servicio del empleo se incluyeron diferentes referencias a la colocación de los trabajadores *inválidos*²⁸². Entre ellas, debemos destacar la previsión de realizar estudios, generales o especiales, sobre las necesidades especiales de colocación que tienen estos trabajadores. Más aún si tenemos en cuenta que hasta épocas relativamente recientes, rara vez las medidas destinadas a la integración de las personas con discapacidad han ido precedidas por estudios o análisis previos.

²⁷⁹ Convenios núm. 77 sobre el examen médico de los menores (industria) y núm. 78 sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), ambos de 9 de octubre de 1946.

²⁸⁰ Recomendación núm. 79 sobre el examen médico de aptitud para el empleo de los menores, de 9 de octubre de 1946.

²⁸¹ El artículo 6 de ambos Convenios establece que: “1. La autoridad competente deberá dictar medidas apropiadas para la orientación profesional y la readaptación física y profesional de los menores cuyo examen médico haya revelado una ineptitud para ciertos tipos de trabajo, anomalías o deficiencias. 2. La autoridad competente determinará la naturaleza y el alcance de estas medidas; a estos efectos, deberá establecerse una colaboración entre los servicios del trabajo, los servicios médicos, los servicios de educación y los servicios sociales y deberá mantenerse un enlace efectivo entre estos servicios para poner en práctica estas medidas. 3. La legislación nacional podrá prever que a los menores cuya aptitud para el empleo no haya sido claramente reconocida se les entreguen: a) permisos de trabajo o certificados médicos temporales, válidos por un período limitado, a cuya expiración el joven trabajador deberá someterse a un nuevo examen; b) permisos o certificados que impongan condiciones de trabajo especiales”.

²⁸² Convenio núm. 88 sobre el servicio de empleo y Recomendación núm. 83 sobre el servicio de empleo, ambos de 9 de julio de 1948.

Otra de las normas relevantes de este periodo es el Convenio de 1952 relativo a la norma mínima de la seguridad social²⁸³, en el que, además de regular las prestaciones de invalidez en la parte IX, instaba a las instituciones prestadoras de asistencia médica a “cooperar, cuando fuere oportuno, con los servicios generales de reeducación profesional, a fin de readaptar para un trabajo apropiado a las personas de capacidad reducida”²⁸⁴.

1.2.1.2 LA RECOMENDACIÓN NÚM. 99 SOBRE LA ADAPTACIÓN Y LA READAPTACIÓN PROFESIONALES DE LOS INVÁLIDOS DE 1955

Siguiendo la dinámica que había iniciado en los años anteriores, la OIT adoptó en 1955 el primer texto específicamente dirigido a las personas con discapacidad. La Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los *inválidos*²⁸⁵ se edificó sobre la base de los principios y propuestas incluidos en sus normas anteriores. La Conferencia General entendió que todas las proposiciones adoptadas debían ser articuladas y desarrolladas a través de una recomendación, con la finalidad y así lo explicita en los considerandos de que los trabajadores con discapacidad pudiesen “recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica que puedan desempeñar”. Murray recuerda que este instrumento ha servido de base para las leyes y prácticas nacionales en la materia, siendo “durante muchos años uno de los instrumentos más importantes sobre las personas con discapacidad”²⁸⁶. Y todo ello, pese a su falta de valor jurídico vinculante.

La Recomendación núm. 99 es una norma extensa, compuesta por 42 párrafos, que destaca por su ordenada estructuración y el alto grado de desarrollo de sus contenidos. No se limita a enumerar un conjunto de buenas intenciones. En el

²⁸³ Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 28 de junio de 1952.

²⁸⁴ Artículo 35.

²⁸⁵ Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los *inválidos* de 22 de junio de 1955.

²⁸⁶ B. Murray, “Oportunidades de empleo y formación para las personas con discapacidad: papel de la OIT”, 137 *Educación Obrera* (2004), p. 3.

texto, dividido en diez apartados, se definen unos conceptos previos, se precisa su ámbito de aplicación, se especifican unos principios y objetivos, y se detallan los medios para llevarlos a cabo. No es posible encontrar, hasta décadas después de su adopción, un instrumento internacional en la materia con la calidad técnica y coherencia que posee esta recomendación.

De su contenido hay que destacar, en primer lugar, el apartado dedicado a las definiciones. A los efectos de la Recomendación, el término *inválido* “designa a toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar empleo adecuado se hallen realmente reducidas debido a una disminución de su capacidad física o mental”²⁸⁷. A tenor de la norma, no basta con tener una disminución de la capacidad física o mental para ser considerado *inválido*, sino que como consecuencia de ella ha de producirse una reducción *real* de las posibilidades de obtener o conservar el empleo.

Por otro lado, la finalidad de la norma, esto es, la adaptación y readaptación profesional, es definida como aquella parte del proceso continuo y coordinado que comprende el suministro de medios (especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva) para que estas personas puedan obtener y conservar un empleo adecuado. Y todo ello para que conforme al primer considerando quienes sufren una *invalidéz* puedan recuperar al máximo posible su capacidad física y mental y reintegrarse a la función social, profesional y económica.

Para llevar a cabo cada uno de los tres propósitos enunciados (orientación, formación y colocación profesional de los trabajadores con discapacidad) se prevé y desarrolla un largo elenco de medidas concretas. La orientación laboral se llevará a cabo a través de entrevistas, exámenes y evaluaciones que permitan determinar las posibilidades concretas de empleo. En el ámbito de la formación, el párrafo 6 señala que cuando las circunstancias lo permitan debieran ser de aplicación los

²⁸⁷ Párrafo 1.b).

principios, medidas y métodos de formación profesional que de modo general se empleen para la formación de quienes no tienen discapacidad alguna. Cuando esto no sea posible, también están previstas en la norma una serie de medidas especiales. Para favorecer la colocación de estas personas, se regulan métodos como la previsión de cuotas y puestos reservados o la creación de talleres protegidos. También se incide en la importancia que tienen los estudios e investigaciones o la educación de los menores con discapacidades en la promoción de la equiparación de oportunidades. Todas estas medidas fueron pioneras en el momento en que se adoptaron.

Finalmente, en el último párrafo la OIT asume un importante compromiso, ofreciéndose a los Estados y autoridades competentes a prestar asistencia técnica, organizar el intercambio de experiencias nacionales y a colaborar internacionalmente, por ejemplo, mediante la formación de personal, con el fin de mejorar la adaptación y readaptación profesionales de los trabajadores con discapacidad. A través de este ofrecimiento la Organización parecía reconocer de forma implícita su voluntad de liderar la promoción internacional de los derechos de estos trabajadores.

1.2.1.3 EL CONVENIO NÚM. 159 Y LA RECOMENDACIÓN NÚM. 168 SOBRE LA READAPTACIÓN PROFESIONAL Y EL EMPLEO DE LAS PERSONAS INVÁLIDAS DE 1983

Durante los años siguientes a la adopción de la Recomendación núm. 99 se propuso en repetidas ocasiones una revisión de la misma, e incluso la adopción de un instrumento normativo jurídicamente vinculante. La Conferencia General, en 1968, acordó la realización de un estudio con la finalidad de disponer de información que sirviese de base para una actuación posterior en la materia²⁸⁸. Pero no fue sino con el impulso del Año Internacional de los *Impedidos*, celebrado en 1981, cuando la OIT se planteó seriamente la elaboración de un Convenio. En la 69ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo vio la luz el Convenio 159

²⁸⁸ Resolución sobre los trabajadores de capacidad disminuida, de 24 de junio de 1968.

sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas *inválidas*²⁸⁹, que hasta la Convención de Naciones Unidas fue el único tratado internacional específicamente dirigido a promover y proteger los derechos laborales, en este caso de las personas con discapacidad. Además, junto al Convenio fue adoptada la Recomendación núm. 168²⁹⁰.

Respecto a su estructura formal, el Convenio núm. 159 es un instrumento relativamente breve, dividido en IV partes y compuesto por 17 artículos (de los cuales los 7 últimos se refieren a cuestiones formales sobre su ratificación y entrada en vigor). No obstante, su significación material es muy grande, en tanto sus disposiciones son vinculantes para todos aquellos Estados que lo han ratificado.

Como sucediese en la Recomendación núm. 99, la norma comienza definiendo el concepto de persona *inválida*. Y para ello utiliza una definición idéntica a la que utilizase en 1955, cuando en su artículo 1.1 establece que se entenderá “por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”. Difiere respecto a aquella definición en que la *deficiencia* en cuestión debe estar “debidamente reconocida”, aunque no especifica por quién. Sin embargo, debe presuponerse que esta función corresponderá a la autoridad médica o administrativa competente en cada el Estado. Además, el artículo 1.4 hace una equiparación de estas personas con independencia del origen de su discapacidad cuando indica que las disposiciones del Convenio serán de aplicación “a todas las categorías de personas inválidas”.

Como se desprende del artículo 1.2, el Convenio no regula la readaptación profesional como un fin en si mismo, sino como un medio para promover la

²⁸⁹ Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*), de 20 de junio de 1983.

²⁹⁰ Recomendación núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*), de 20 de junio de 1983.

integración social de las personas con discapacidad, permitiendo al trabajador con discapacidad obtener, conservar y progresar en su empleo²⁹¹. De esta manera, los Estados parte deberán llevar a cabo la readaptación profesional a través de una política nacional (cuyos principios son regulados en la parte II) que se materializará a través de medidas concretas (previstas en la parte III y desarrolladas en la Recomendación núm. 168).

Cada Estado miembro del Convenio deberá formular, aplicar y revisar de manera periódica una política sobre readaptación profesional y el empleo de personas con discapacidad. El artículo 4 señala que el principio de igualdad de oportunidades será la base de dicha política, aclarando que dicha igualdad debe extenderse, no solo entre los trabajadores en general, sino entre hombres y mujeres con discapacidad en particular.

En cualquier caso, el objetivo específico que los Estados deben perseguir al diseñar sus políticas consiste en “asegurar que existan medidas adecuadas de readaptación profesional al alcance de todas las categorías de personas inválidas y a promover oportunidades de empleo para las personas inválidas en el mercado regular del empleo”²⁹².

En el artículo 5 se reconoce el papel consultivo que desempeñarán las organizaciones de empresarios y trabajadores, así como las organizaciones representativas de las personas con discapacidad. La Conferencia General de la OIT se mostró sensibilizada con las recomendaciones del Programa de Acción Mundial para los Impedidos de Naciones Unidas, al incluir en el Convenio una de las medidas más novedosas de cuantas se contenían en aquél: la participación de las personas con discapacidad en la adopción de decisiones.

²⁹¹ Artículo 1.2: “a los efectos del presente Convenio, todo miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”.

²⁹² Artículo 3.

Para que esta política sobre readaptación pueda llevarse a cabo, los Estados deberán aplicar una serie de medidas. En la parte III del Convenio se recogen las directrices básicas de estas medidas. El artículo 7, con la finalidad de que las personas *inválidas* puedan lograr y conservar un empleo y progresar en el mismo, obliga a los Estados a “adoptar medidas para proporcionar y evaluar los servicios de orientación y formación profesionales, colocación, empleo y otros afines”. Se incide además en la necesidad de establecer estos servicios en zonas rurales y comunidades “apartadas” así como en la importancia de formar asesores en la materia.

Todas estas medidas son objeto de un amplio desarrollo en la Recomendación núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas *inválidas*. La Recomendación, que se adoptó con la finalidad de completar el Convenio, contiene un elaborado repertorio de propuestas y medidas a lo largo de los 42 párrafos que la componen. Las medidas previstas para promover oportunidades de empleo y lograr la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores y trabajadoras con discapacidad parten de las propuestas incluidas en la Recomendación núm. 99 de 1955, ampliándolas, desarrollándolas y adaptándolas a las circunstancias derivadas del paso del tiempo. En la norma se incluyen diversos apartados dedicados a la readaptación profesional y las oportunidades de empleo, a la participación en la colectividad, las zonas rurales, la formación del personal, la contribución de las organizaciones de empleadores y trabajadores o de las propias personas con discapacidad, la seguridad social o la coordinación de políticas y programas.

Aún cuando no se emplean algunas de estas denominaciones, en la Recomendación se regulan aspectos como la accesibilidad al entorno físico, la información y sensibilización pública, la normalización e inclusión, la participación en los procesos de decisión o la investigación científica. Medidas que muestran un considerable progreso para el momento en que fueron adoptadas. De hecho, y así lo refleja O'Reilly, tanto la Recomendación como el Convenio vieron la luz en un momento en que se comenzaba “a pasar, cada vez más, tanto a escala nacional como

internacional, de un modelo basado en la atención social a otro basado en los derechos”²⁹³.

El Convenio núm. 159 entró en vigor en 1985, doce meses después de las dos primeras ratificaciones, que realizaron Hungría y Suecia. España ratificó el mismo mediante Instrumento de 2 de agosto de 1990. Y en la actualidad son 80 los Estados parte del mismo²⁹⁴. Aunque han transcurrido muchos años desde su adopción, el peso específico del que goza el Convenio en la esfera de la discapacidad sigue siendo muy relevante. Prueba de ello es que en los últimos diez años se han producido 18 nuevas ratificaciones del texto. Este fenómeno refleja la creciente atención que se está prestando en todo el mundo a las cuestiones relativas a la discapacidad y a luchar contra la exclusión de estas personas²⁹⁵.

En definitiva, el Convenio núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas *inválidas* es un texto moderno y avanzado para el momento en que se adopta, técnicamente correcto y dotado de gran coherencia. Además, goza de un valor añadido respecto a todas las demás normas internacionales en la materia: su fuerza jurídica vinculante. Su adecuación al momento actual está fuera de toda duda, pues, aunque resulta desfasado en algunos aspectos, la Organización se ha sabido dotar de instrumentos, como el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la gestión de discapacidades en el lugar de trabajo de 2001²⁹⁶, que contribuyen a reinterpretar y acomodar el texto de la norma a una realidad cambiante.

Del control internacional en la aplicación del Convenio se ocupan la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia. Este mecanismo de control periódico se

²⁹³ A. O'Reilly, *op. cit.*, p. 31.

²⁹⁴ A fecha de 31 de diciembre de 2008.

²⁹⁵ B. Murray, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁶ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

basa en el examen y evaluación de los informes de los Estados sobre la aplicación de los convenios, así como en las observaciones remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores²⁹⁷. No obstante, la atención que estos dos órganos han prestado a los trabajadores con discapacidad ha sido, hasta el momento, discreta.

1.2.1.4 OTROS TEXTOS NORMATIVOS

En el ámbito de la OIT se han adoptado otras normas que, pese a no estar específicamente dirigidas a los trabajadores con discapacidad, han incidido, de forma más o menos directa, sobre ellos.

En 1958 se adoptó el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 111 relativos a la discriminación en materia de empleo y ocupación²⁹⁸. En el artículo 5.2 del Convenio, tras reconocer que las medidas de protección y asistencia previstas en el texto y en la normativa de la Organización no serán consideradas discriminatorias, se establece que los Estados podrán “definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”. Sin embargo, cuando en el Convenio se define la discriminación, no se incluye la discapacidad como causa de la misma²⁹⁹. Cabe preguntarse el porqué de esta omisión en la

²⁹⁷ Sobre el mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas de la OIT, véase C. Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2002, pp. 420 y ss.

²⁹⁸ Convenio núm. 111 y Recomendación núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ambos de 25 de junio de 1958.

²⁹⁹ Artículo 1.1: “A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con

conceptuación de la discriminación. En cualquier caso, teniendo en cuenta la trayectoria normativa de la OIT hasta ese momento y la previsión del artículo 5.2 del texto, difícilmente se puede justificar en un olvido de la Organización.

Por otro lado, también aparecen referencias a los trabajadores con discapacidad en el Convenio relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 así como en la Recomendación que lo desarrolla³⁰⁰. Además de regular, entre otras, las prestaciones económicas por invalidez, en la norma se obligó a los Estados a proporcionar servicios de readaptación profesional y colocación de los trabajadores *incapacitados*.

En el artículo 3 del Convenio núm. 142 de 1975 sobre desarrollo de los recursos humanos se preveía la ampliación gradual de los sistemas de orientación profesional y los programas apropiados en el caso de los *minusválidos*³⁰¹. La Recomendación núm. 150 que completaba el Convenio desarrolló las medidas que, como grupo especial de la población, debían recibir los *minusválidos físicos o mentales* para lograr la igualdad de oportunidades³⁰². Estas medidas consistían en favorecer la integración e igualdad de oportunidades en el ámbito laboral de estas personas a través de los programas de orientación y formación de carácter general, previendo la creación de programas especiales cuando las particularidades lo aconsejen. Además, se recomendaba a los Estados que adoptasen aquellas medidas necesarias para lograr una mayor información y concienciación sobre la situación de los trabajadores con discapacidad³⁰³. Esta norma fue revisada en 2004 por la

las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

³⁰⁰ Convenio núm. 128 y Recomendación núm. 131 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, ambos de 29 de junio de 1967.

³⁰¹ Convenio núm. 142 sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio de 1975. Nótese que en el texto no se utilizaron expresiones habituales en el ámbito de la OIT como “inválido” o “incapacitado”, sino que se optó por el término “minusválido”. No obstante, años después, en el Convenio núm. 159 la Organización acuñaría de nuevo el concepto de “personas inválidas”.

³⁰² Recomendación núm. 150 sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio de 1975.

³⁰³ Párrafo 53.

Recomendación núm. 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos, en la que también se hace referencia a las personas con discapacidad³⁰⁴.

Por último, también en el Convenio sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo de 1988 se incluyeron diversas referencias a los trabajadores con discapacidad³⁰⁵. Bajo la categoría de “personas desfavorecidas que tengan o puedan tener dificultades para encontrar un empleo duradero” el Convenio solicitaba un esfuerzo de los Estados para adoptar medidas especiales para fomentar posibilidades suplementarias de empleo de estos trabajadores³⁰⁶.

1.2.1.5 PROMOCIÓN Y COOPERACIÓN TÉCNICA

Además de la importante labor normativa desarrollada por la OIT, sus actividades se extienden hacia otros ámbitos. Es en el ámbito de la aplicación de las normas donde la Organización desempeña uno de sus papeles más significativos. Muchos de los Estados miembros de la OIT encuentran dificultades de muy diversa índole para poder cumplir con las obligaciones derivadas de las normas internacionales que han asumido. Por ello la Organización presta asistencia y asesoramiento, no sólo a estos Estados, sino a cualquier agente implicado en el ámbito laboral. Además, la OIT viene impulsando la realización de estudios e investigaciones cuyo valor es doble, pues no sólo sirven para conocer y divulgar el grado de cumplimiento de la norma, sino para identificar más eficientemente los problemas, lo que habitualmente redundaría en el diseño de mejores soluciones.

Toda esta actividad *extranormativa* se desarrolla a través del Programa de discapacidad de la OIT, dependiente del Departamento de Conocimientos Teóricos y Prácticos y Empleabilidad (sic). El Programa tiene como finalidad la promoción del trabajo digno y la plena participación de las personas con discapacidad en el

³⁰⁴ Recomendación núm. 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 17 de junio de 2004.

³⁰⁵ Convenio núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 21 de junio de 1988.

³⁰⁶ Artículo 8.

ámbito laboral. Sus principales actividades pueden catalogarse en tres grandes tipos: investigación, asesoramiento y asistencia.

En el ámbito de la investigación, el Programa promueve el desarrollo de estrategias dirigidas a promover la capacitación y crear oportunidades de empleo para las personas con discapacidad. Estas abarcan la realización de estudios e informes, la elaboración de publicaciones, la difusión de información y las campañas de sensibilización. La OIT ha desarrollado, por ejemplo, importantes estudios en el ámbito de la salud mental o las nuevas tecnologías. Asimismo, cada año la Organización elabora o edita un valioso número de publicaciones en la materia. Otra de las iniciativas más recientes, que está siendo desarrollada conjuntamente con GLADNET³⁰⁷, consiste en la creación de una base de datos sobre políticas, normas, programas y prácticas nacionales relativas a la gestión laboral de la discapacidad.

Además, desde el Programa se realizan labores de asesoramiento a los gobiernos, a las organizaciones de trabajadores y de empleadores y a las organizaciones de personas con discapacidad. El medio habitual de llevar a cabo esta labor es a través de la recopilación de recomendaciones y buenas prácticas. Un ejemplo de ello es el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo, adoptado en 2001 y publicado un año después³⁰⁸. Este repertorio, basado en los principios contenidos en las normas de la OIT sobre discapacidad, se diseñó con la intención de guiar a los empleadores, públicos y privados, en la adopción de una estrategia positiva para la gestión de las discapacidades en el empleo. Así, contiene orientaciones prácticas sobre sensibilización, formación, contratación, promoción o medidas de ajuste, tales como la accesibilidad en el lugar de trabajo. Muchas de estas orientaciones emanan

³⁰⁷ Red Mundial de Información e Investigación Aplicada de Discapacidad sobre Empleo y Capacitación.

³⁰⁸ OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.

directamente de las obligaciones contenidas en el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas *inválidas* de 1983.

Por último, en ocasiones, a través del Programa de Discapacidad se presta asistencia técnica mediante la creación de programas regionales, que habitualmente son financiados por otros Estados miembros. Los servicios técnicos de la OIT asesoran a los gobiernos y a los agentes sociales y ejecutan proyectos de asistencia técnica para el desarrollo de políticas y programas de formación y empleo para personas con discapacidad en diferentes partes del mundo. Actualmente están en marcha proyectos de este tipo en Asia, Oriente Medio, África, Latinoamérica y Europa Central y Oriental³⁰⁹.

En definitiva, tanto a través de sus normas como de su Programa de discapacidad, puede afirmarse que la OIT desarrolla efectivamente un papel de liderazgo internacional en la promoción y protección del derecho al trabajo de aquellos trabajadores que se diferencian de los demás por su discapacidad.

1.2.2 La OMS

Desde que en 1948 entró en vigor su Constitución, la OMS ha dedicado sus esfuerzos a lograr “para todos los pueblos el grado más alto de salud”³¹⁰. En los principios de la Constitución, la salud es definida como un derecho fundamental de todo ser humano, que consiste en “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En el marco de esta definición de salud la discapacidad goza de una notable importancia, puesto que lograr un alto nivel de salud contribuye a mejorar la calidad de vida de estas personas, lo que repercute positivamente en el logro de la igualdad de oportunidades. En efecto, la OMS es uno de los organismos de las Naciones Unidas

³⁰⁹ Puede encontrarse más información sobre los diferentes programas en funcionamiento en el sitio web: <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/skills/disability/project/index.htm>.

³¹⁰ Artículo 1 de la Constitución de la OMS.

que más esfuerzos ha dedicado a la cuestión de la discapacidad. Desde su perspectiva especializada en el ámbito sanitario y de la prevención, el desempeño de sus funciones preferentemente técnicas ha redundado en el perfeccionamiento y evolución del enfoque con el que en el plano internacional se observa a las personas con discapacidad.

Debido a sus limitaciones en la creación de normas internacionales³¹¹, la labor de la Organización en el ámbito internacional se ha circunscrito a dos grandes ámbitos: la promoción y la cooperación técnica.

En el ámbito de la cooperación técnica, la aportación más sustancial de la OMS en materia de discapacidad es la labor que viene desempeñado durante las últimas décadas en lo relativo a conceptualizar, desarrollar y clasificar la discapacidad. Como se ha visto *supra*, en 1980 la OMS publicó la primera Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM). La aplicación práctica de la CIDDDM fue inmediata y sus definiciones fueron utilizadas en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos. En 2001, la Organización hizo pública una nueva versión de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías: la CIDDDM-2, que ha pasado a denominarse Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF). Con esta nueva versión se pretendía dar un nuevo enfoque al concepto de discapacidad, que no se limitase exclusivamente al campo de la salud y al modelo individual³¹².

Además, la OMS concentra la mayor parte de sus actuaciones en la materia a través del Programa de Discapacidad y Rehabilitación (DAR). La finalidad de este programa es mejorar la calidad de vida de las personas que tienen una discapacidad, a través de actuaciones en todos los niveles: internacional, nacional y local. Las

³¹¹ Véase al respecto M. Díez de Velasco Vallejo, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 2002, pp. 360 y ss.

³¹² Véase el apartado de esta tesis relativo al concepto de discapacidad, pp. 19 y ss.

tareas que desempeña el Programa abarcan la recopilación de datos, la creación de estudios, la formulación de directrices, la promoción de políticas o la prestación de asistencia. Hay en la actualidad numerosos proyectos en vigor³¹³. En 2006 se puso en marcha un Plan de Acción sobre Discapacidad y Rehabilitación que describe las actividades prioritarias que la OMS, a través del Programa, deberá llevar a cabo en los próximos años. Se prevé la creación de un informe global sobre la materia, la adopción de medidas dirigidas a crear conciencia sobre las consecuencias de la discapacidad o la promoción de actividades de apoyo, asistencia y cooperación técnica.

El rol central que la rehabilitación y la prevención desempeñan en el seno de la OMS ha sido fuertemente criticado por Cooper. Para el autor, este hecho es consecuencia del fuerte arraigo que la Organización tiene todavía con el modelo médico de la discapacidad³¹⁴. No obstante, también habría que tener en consideración que las competencias que tiene atribuidas la OMS son limitadas, y se circunscriben al ámbito de la salud de las personas, lo cual resta notablemente su margen de maniobra.

Todavía en el ámbito de la cooperación hay que destacar la colaboración que el Programa presta tanto a las Naciones Unidas, como al resto de organismos especializados, Estados y organizaciones no gubernamentales, además de la ayuda que proporciona al Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social.

En lo que respecta a la promoción del derecho a la salud de las personas con discapacidad, uno de los eventos más relevantes de los desarrollados por la OMS fue la adopción de la Declaración de Alma-Ata sobre atención primaria de la salud

³¹³ Puede obtenerse información pormenorizada de los proyectos y actividades que desarrolla el Programa en el sitio web: <http://www.who.int/disabilities>.

³¹⁴ J. Cooper, *Law, Rights & Disability*, Londres y Filadelfia: Jessica Kingsley Publishers, 2000, p. 75.

en 1978³¹⁵. En ella, tras reafirmar la salud como un derecho humano fundamental, se señaló la importancia de la atención primaria de la salud en el desarrollo económico y social. En el punto VI se define la atención primaria de la salud como la “asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad, mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada etapa del desarrollo, con un espíritu de autorresponsabilidad (sic) y autodeterminación”. En este contexto, la atención primaria de la salud punto VII debe incluir “los servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación necesarios” para resolver los principales problemas de salud de la comunidad.

Por otro lado, en 2005 la Asamblea Mundial de Salud aprobó una resolución sobre discapacidad, incluidos la prevención, el tratamiento y la rehabilitación³¹⁶. En ella instaba a los Estados miembros a que, entre otras medidas, promoviesen la intervención e identificación tempranas en los casos de discapacidad, impulsasen los programas comunitarios de rehabilitación o incluyesen la discapacidad en los programas y políticas de salud. De igual manera la Asamblea solicitó al Director General de la Organización que intensificase sus esfuerzos en la materia. Fruto de esta petición, apenas un año después se puso en marcha Plan de Acción sobre Discapacidad y Rehabilitación (2006-2011).

En definitiva, la OMS ha contribuido a la evolución y mejora de la situación de las personas con discapacidad en el mundo. Además de su importante labor en el campo de la delimitación terminológica y el estudio científico de la discapacidad, el asesoramiento y la colaboración que a través del Programa de Discapacidad y Rehabilitación presta al conjunto de organizaciones y organismos internacionales ha contribuido a realzar la eficacia y coherencia en las actuaciones de éstos.

³¹⁵ Declaración adoptada por la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud en Alma-Ata (Kazajstán) el 12 de septiembre de 1978.

³¹⁶ Resolución 58.23 de 25 de mayo de 2005.

1.2.3 La UNESCO

La UNESCO, el organismo especializado de Naciones Unidas en la cooperación intelectual y científica, también ha tenido en consideración a las personas con discapacidad en sus actividades. Si bien no lo ha hecho de una forma sistemática y organizada, la discapacidad no ha pasado desapercibida para la Organización, tanto en el reconocimiento como en la promoción de derechos. Si la importancia que la educación tiene para cualquier persona está fuera de toda duda, lo está más aún para las personas con discapacidad, para quienes es un elemento cardinal en su integración. Sin embargo, todavía son muchas las barreras existentes, especialmente en los países en desarrollo, donde según estimaciones de la UNESCO más del 90% de los niños con discapacidad no tienen la posibilidad de asistir a la escuela.

En lo relativo al reconocimiento de derechos, hay que remontarse hasta 1960, año en que la Conferencia General de la Organización adoptó la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza³¹⁷. En el texto, pese a no incluir explícitamente la discapacidad como causa de discriminación³¹⁸, se obliga a los Estados a adoptar todas aquellas medidas necesarias para luchar contra la limitación o exclusión de una persona o grupo en el ámbito de la enseñanza, así como su colocación en una situación incompatible con la dignidad humana.

Fuera de este marco general, hay textos más específicos en lo que respecta a las personas con discapacidad, si bien no gozan del carácter vinculante del anterior. En 1981, con motivo del Año Internacional de los Impedidos, se celebró una

³¹⁷ Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, en vigor desde el 22 de mayo de 1962. España forma parte de la Convención desde la presentación de su instrumento de aceptación el 20 de agosto de 1969.

³¹⁸ Artículo 1.1: “a los efectos de la presente Convención, se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza [...]”.

Conferencia Mundial en Torremolinos (España), organizada por el gobierno español en colaboración con la UNESCO³¹⁹. Como resultado de aquella se adoptó la conocida como Declaración Sundberg³²⁰, que recibió ese nombre en memoria de Nils-Ivar Sundberg, que desde 1968 había estado al cargo del Programa de Educación Especial de la UNESCO. La Declaración Sundberg consta de 16 artículos a lo largo de los cuales se reconoce y desarrolla el derecho de todas las personas con discapacidad a la educación. La finalidad con la que adoptó dicho texto era la de crear un instrumento que orientase las políticas y actuaciones de los Estados y las organizaciones internacionales en el ámbito de la educación, la prevención y la integración.

La Declaración Sundberg comienza en su artículo primero afirmando que el acceso a la educación, la formación, la cultura y la información es un derecho fundamental que toda persona con discapacidad debe poder ejercer. Por ese motivo los Estados y las organizaciones nacionales e internacionales deberán asegurar efectivamente la participación plena de estas personas con la finalidad de integrarlas, a través de una educación y una formación adecuadas, en “el medio corriente de trabajo y de vida” (artículos 2 y 6). Para que esto pueda llevarse a cabo, deberán tenerse en cuenta las necesidades especiales de estas personas y adaptar tanto los programas educativos y de información, como el entorno físico, las instalaciones o los equipos³²¹. Lamentablemente, en numerosas ocasiones esta adaptación a las necesidades especiales derivadas de la discapacidad se ha traducido en la exclusión y segregación de estas personas en centros especiales y alejados de los sistemas y programas ordinarios de educación. Sin embargo, en ningún artículo de la norma se advierte que esta adaptación implicará apartar a

³¹⁹ Conferencia Mundial sobre las Acciones y Estrategias para la Educación, Prevención e Integración, celebrada en Torremolinos (España) del 2 al 7 de noviembre de 1981.

³²⁰ Declaración Sundberg, proclamada por la Conferencia Mundial sobre las Acciones y Estrategias para la Educación, Prevención e Integración celebrada en Torremolinos (España), el 7 de noviembre de 1981.

³²¹ Artículos 5, 11 y 12.

quienes tienen una discapacidad de los centros habilitados para la educación o formación de cualquier otra persona.

Por otro lado, tiene un extraordinario valor el artículo 3 de la Declaración, que al exigir que las personas con discapacidad deben estar en condiciones de utilizar al máximo su potencial creativo, artístico e intelectual, no lo hace sólo por su propio beneficio, sino también “para enriquecimiento de la comunidad”. Hasta aquellos momentos, apenas se veía a estas personas como meros receptores de asistencia y prestaciones, totalmente improductivos. Los expertos y los representantes de los Estados estaban reconociendo en la Declaración el papel constructivo de las personas con discapacidad y su capacidad de aportación a la sociedad, lo que constituye un avance muy significativo hacia lo que años más tarde se denominará *valoración de la diferencia*.

El hecho de que la norma se adoptase a través de una declaración, y por tanto careciese de valor jurídico vinculante, ha incidido considerablemente en su aplicación práctica. El artículo 16 establece que “la aplicación de la presente Declaración incumbirá a los Estados y será de su responsabilidad suprema”. Como suele ser habitual, han sido muy pocos los Estados que se han preocupado por cumplir con las recomendaciones incluidas en la Declaración Sundberg, y hoy en día, a pesar de su enfoque pionero en diversos ámbitos, apenas es recordada o mencionada por los legisladores.

En 1990, como resultado de la Conferencia Mundial sobre la Educación para Todos celebrada en Jomtien (Tailandia) se adoptó, con el objetivo de universalizar el acceso al aprendizaje, la Declaración Mundial sobre la Educación para Todos: Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje³²². En la Declaración se adoptó una visión ampliada de lo que significaba la educación básica a la vez que se hacía un llamamiento para crear un entorno educativo, en el que todos tuvieran la

³²² Declaración Mundial sobre la Educación para Todos: Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos celebrada el Jomtien (Tailandia), el 9 de marzo de 1990.

oportunidad de adquirir los conocimientos que sirven de base para continuar el aprendizaje y poder participar en la vida social de forma plena. Se pretendía que todas las personas tuvieran acceso al derecho fundamental a la educación y que se satisficieran las distintas necesidades de aprendizaje de niños, jóvenes y adultos.

El artículo 3 de la Declaración de Jomtien dedicaba su quinto apartado a las personas con discapacidad afirmando que “las necesidades básicas de aprendizaje de las personas impedidas precisan especial atención. Es necesario tomar medidas para garantizar a esas personas, en sus diversas categorías, la igualdad de acceso a la educación como parte integrante del sistema educativo”. Peters ha criticado el uso de la palabra “integrante” en lugar de la palabra “integrada” en tanto, mientras esta última implica la existencia de un único sistema educativo de carácter integrador, la anterior parece referirse a la educación integrada como un programa ubicado en el sistema general existente³²³.

Junto con la Declaración, se acordó un Marco de Acción en el que se establecían las directrices y estrategias a seguir para poder alcanzar los objetivos propuestos. Una de las metas propuestas era la de universalizar el acceso a la educación básica y reducir la tasa de analfabetismo para el año 2000. Cuando en ese año se reunió en Dakar (Senegal) el Foro Mundial sobre la Educación, a la vista de las evaluaciones realizadas, los participantes coincidieron en que los objetivos de Jomtien no se habían alcanzado. Con la adopción del Marco de Acción de Dakar “Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes” los gobiernos se comprometieron a alcanzar la educación primaria de calidad para todos en el año 2015, encargando a la UNESCO que asumiera la coordinación y el impulso en las actividades a desempeñar.

Unos años antes, entre el 7 y el 10 de junio de 1994, propiciada por la UNESCO, se celebró en Salamanca la Conferencia Mundial sobre Necesidades

³²³ S. J. Peters, “Education for All? A Historical Analysis of International Inclusive Education Policy and Individuals With Disabilities”, 18.2 *Journal of Disability Policy Studies* (2007), p. 104.

Educativas Especiales: Acceso y Calidad. Fruto de la misma fue aprobada la Declaración y Marco de Acción de Salamanca para las Necesidades Educativas Especiales³²⁴. Ambos textos, diseñados sobre la base de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de Jomtien y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, iban dirigidos a lograr la educación inclusiva de las personas con necesidades especiales, fundamentalmente por razones de discapacidad, con la finalidad última de contribuir al objetivo de una *educación para todos*.

En el punto 2 de la Declaración de Salamanca se sentaban los principios básicos que debían guiar las actuaciones en materia de educación inclusiva³²⁵. Se afirma que todos los niños, con independencia de su sexo, características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje tienen un derecho fundamental a la educación y, por tanto, debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos. Se reconoce que las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, donde se han de satisfacer esas necesidades. El principio de inclusión en la educación se consolida cuando en el último párrafo se afirma que “las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo”³²⁶. Como se verá, esta declaración reafirmaba el derecho a una educación inclusiva en escuelas regulares incluido un año antes en

³²⁴ Aprobada por unanimidad por la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad el 10 de junio de 1994.

³²⁵ Las principales características y rasgos diferenciales de la educación inclusiva y la educación integrada se analizan en las pp. 417 y ss. de esta tesis.

³²⁶ Pese a que en la versión española del texto se usa la palabra “integrada”, la correcta traducción del término “*inclusive*” utilizado en la versión inglesa debiera ser la palabra “inclusiva”, como se verá en el apartado de esta tesis relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidad.

el artículo 6 de las Normas Uniformes y suponía un gran avance respecto a las directrices de Jomtien.

Los puntos 3 y 4 especifican las medidas concretas que tanto los Estados como las organizaciones internacionales y no gubernamentales debieran realizar para hacer posible una educación inclusiva e integradora. Se pide a los gobiernos que reconozcan en sus ordenamientos el principio de educación inclusiva, e incrementen los esfuerzos políticos y presupuestarios. En general, se les pide que adopten aquellas medidas necesarias para diseñar un sistema educativo con capacidad de atender las necesidades especiales. Por otro lado, se insta a las principales organizaciones internacionales a que defiendan el enfoque de la Declaración y refuercen su cooperación con otros organismos. Asimismo se insiste en el papel de liderazgo que debe desempeñar la UNESCO³²⁷.

La Declaración de Salamanca, junto con su Marco de Acción, supuso el punto de partida en lo que respecta a la educación inclusiva de las personas con discapacidad. Delimitaron el concepto y definieron las políticas que harían posible su realización. Lena Saleh, responsable de la división de educación especial en la UNESCO en aquel momento, ha llegado a afirmar que “ambos documentos constituyen el evento clave que hoy otorga confianza y firmeza global a la tarea de situar la cuestión de *la inclusión* en la agenda mundial”³²⁸.

En lo relativo a la cooperación técnica llevada a cabo por la Organización, hay que destacar los trabajos desarrollados en el marco del *programa emblemático* sobre Educación Para Todos y los Derechos de las Personas con Discapacidad: Hacia la Inclusión. Los programas emblemáticos — habitualmente conocidos como *flagship programmes* — son asociaciones para la cooperación de carácter abierto, cuya

³²⁷ Todas las medidas recogidas en la Declaración son objeto de desarrollo en el Marco de Acción para las Necesidades Educativas Especiales que la acompaña.

³²⁸ L. Saleh, “Desde Torremolinos a Salamanca y más allá. Un tributo a España”, en G. Echeita Sarrionandia y M. A. Verdugo Alonso (coords.), *La Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales 10 años después : valoración y prospectiva*, Salamanca: Publicaciones del INICO, 2004, p. 27.

coordinación corresponde a un organismo (normalmente la UNESCO, pero también otros como el Banco Mundial o UNICEF). Estos programas, que forman parte de la estrategia global de “educación para todos”, están compuestos por un conjunto estructurado de actividades para dar a conocer mejor la estrategia y contribuir, mediante un trabajo coordinado a que se superen los obstáculos particulares que constituyen un impedimento para alcanzar los objetivos fijados en Dakar.

El programa emblemático sobre discapacidad coordina los esfuerzos de todos los agentes implicados en el objetivo de la “educación para todos” para promover y conseguir que el acceso a la educación incluya a quienes tienen una discapacidad. Para ello se basa en tres objetivos estratégicos: combatir la discriminación y las barreras estructurales en la educación; promover un concepto más amplio de educación; y enfocar las necesidades de las personas con discapacidad en lo relativo a la educación. Cabe destacar al respecto el vasto número de participantes del proyecto así como de actividades en funcionamiento.

En definitiva, la discapacidad no es una materia extraña para la UNESCO. Ha sido tratada en diversos instrumentos normativos, alguno de ellos con notable brillantez, como la Declaración de Salamanca, y son numerosas las iniciativas concretas amparadas por la Organización. Sin embargo, la mayoría de las mismas se han limitado al ámbito de la educación, obviando temas no menos importantes, como el acceso a la cultura. Por otro lado, se echa en falta un programa general sobre discapacidad que evite la escasa coordinación e intermitencia de los esfuerzos realizados.

1.2.4 Otras organizaciones y organismos

Finalmente, es necesario citar otras organizaciones y organismos especializados que, si bien no han llevado a cabo una actividad normativa, desarrollan programas de cooperación y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Entre

ellos, destacan por su labor y compromiso en el ámbito de la discapacidad el Banco Mundial y UNICEF.

El Banco Mundial, pese a no tener atribuidas competencias explícitas en materia de derechos humanos, viene desarrollando una incesante actividad a favor de las personas con discapacidad. En el marco de sus esfuerzos por mejorar el nivel de desarrollo de los Estados y reducir la pobreza, desde 1991 el Banco Mundial reconoce la importancia que los derechos sociales de las personas tienen en el proceso de desarrollo³²⁹. En este sentido, en la reunión anual de 1997, el Presidente del Banco Mundial asumió como objetivo del mismo lograr la inclusión de quienes se ven apartados de dicho proceso.

La vinculación entre discapacidad y pobreza es innegable³³⁰. Por un lado, la malnutrición, la falta de asistencia médica o la ausencia de rehabilitación derivados de la pobreza son el origen de muchos de los casos de discapacidad en los países en desarrollo³³¹. Por otro lado, son muchas las personas con discapacidad que no pueden acceder a un empleo que les permita obtener ingresos suficientes para garantizar su independencia económica, por lo que terminan situándose en una situación de pobreza y dependencia. La discapacidad y la pobreza son, recíprocamente, causa y consecuencia³³². No puede obviarse que, según estimaciones del propio Banco Mundial, la tasa de personas con discapacidad en los países en desarrollo puede ascender hasta el 20 por ciento del total de la población. Sin embargo, muchos de los casos de discapacidad que aparecen en estos países

³²⁹ Banco Mundial, *World Development Report*, Nueva York: Oxford University Press, 2001, pp. 52 y ss.

³³⁰ Véase al respecto A. Elwan, *Poverty and Disability: A Survey of the Literature*, Washington: WB Discussion Papers, 1999. En el mismo sentido, puede verse I. Biel Portero, "Discapacidad, Derecho internacional y cooperación al desarrollo?", en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (eds.), *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 135-162.

³³¹ L. Despouy, *op. cit.*, cap. II.

³³² Véase, por ejemplo, P. Coleridge, *Disability, Liberation and Development*, Oxford: Oxfam UK and Ireland, 1993, pp. 64 y ss.

podrían ser evitados, o sus consecuencias reducidas, con servicios de tratamiento y atención adecuados³³³.

El hecho de que no se haga referencia explícita a la discapacidad entre los Objetivos de Desarrollo del Milenio de Naciones Unidas, extraídos de la Declaración del Milenio³³⁴, no ha impedido que el Banco Mundial considere que las necesidades de las personas con discapacidad deben ser tenidas en cuenta para la consecución de aquellos.

La labor desarrollada por el Banco Mundial en la materia abarca dos tipos de iniciativas: las actividades directas y las indirectas. Las iniciativas indirectas incluirían todos aquellos programas y proyectos no específicos sobre discapacidad en los que, a través de un enfoque transversal, ésta es tenida en cuenta. En el Banco Mundial, conscientes de que la integración de las personas con discapacidad en la sociedad debe implicar una estrategia que trascienda los diferentes sectores, vienen incorporando la esfera de la discapacidad en muchas de sus actividades.

Por otro lado, son varias las iniciativas específicamente dirigidas a las personas con discapacidad que el Banco Mundial ha puesto en funcionamiento en los últimos años. Principalmente estas iniciativas consisten en la financiación de proyectos de campo, la recogida y análisis de datos y estadísticas, la realización y publicación de estudios o la asistencia y cooperación técnica. De todas ellas, podemos destacar dos. En primer lugar, los proyectos de cooperación al desarrollo, que se cuentan por centenares y se extienden por regiones de todo el mundo. En segundo lugar, la importante labor que el Banco Mundial desempeña financiando la publicación y difusión de estudios e informes. Para centralizar y gestionar todas las

³³³ Puede encontrarse un estudio sobre el papel de la tecnología adaptada a la discapacidad en los países en vías de desarrollo en B. Albert; R. McBride y D. Seddon, "Perspectives on Disability, Poverty and Technology", 15 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2004), pp. 12-21.

³³⁴ *Declaración del Milenio*, aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

actividades que el Banco Mundial realiza en este ámbito existe un grupo sobre discapacidad y desarrollo.

Por último, es importante referirse a una de las últimas iniciativas de la Organización: la Asociación Mundial sobre Discapacidad y Desarrollo. Esta Asociación es impulsada por el Banco Mundial con el propósito de coordinar las actividades relativas a la cooperación al desarrollo en el ámbito de la discapacidad entre países donantes y solicitantes, los organismos de desarrollo y las organizaciones no gubernamentales implicadas.

Por lo que respecta al Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), para cumplir con su misión de proteger los derechos de niños y contribuir a resolver sus necesidades básicas y ampliar sus oportunidades, este organismo se rige por las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y, como ya se vio, el artículo 23 de la Convención se refiere a los niños con discapacidad³³⁵. En consecuencia, UNICEF debe asumir como propósito la realización del derecho de estos niños a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”³³⁶.

Además, en el Plan estratégico de mediano plazo del UNICEF para el período 2006-2009 se reconoce el riesgo de exclusión y la vulnerabilidad de estos niños³³⁷. En su párrafo 108 el organismo se compromete a promover los derechos de los niños con discapacidad, contribuyendo a la adopción de políticas y leyes que protejan sus derechos y creen oportunidades de una mayor participación en la sociedad. También asume su compromiso en la elaboración de datos y análisis acerca del alcance y las causas de las discapacidades y, en general, en la creación de

³³⁵ Véase el apartado de esta tesis relativo a la discapacidad en los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, pp. 84 y ss.

³³⁶ Párrafo primero del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

³³⁷ Plan estratégico de mediano plazo del UNICEF para el período 2006-2009. Inversión en la infancia: contribución del UNICEF a la reducción de la pobreza y al programa de la Cumbre del Milenio, de 11 de julio de 2005 (E/ICEF/2005/11).

capacidades³³⁸. En consecuencia, la discapacidad no es, ni debe ser, una cuestión ajena al Fondo.

No obstante, la protección de los niños con discapacidad no se encuentra entre las áreas prioritarias de trabajo de UNICEF. Pese a que sus áreas de actuación son muy extensas, el Fondo ha definido su estrategia global en torno a cinco prioridades: supervivencia y desarrollo de la infancia, educación básica e igualdad de género, protección a niños contra la violencia, la explotación y el abuso, lucha contra el SIDA, y la promoción de políticas en favor de los derechos de los niños. No existe siquiera un programa global sobre discapacidad que defina unas pautas de actuación. Ello no significa que no haya proyectos y actividades concretas en la materia.

UNICEF ha enmarcado sus actuaciones relativas a la discapacidad en el ámbito de la protección infantil contra el abuso y la violencia. La especial vulnerabilidad de estos niños los hace más proclives a la discriminación y el abandono. Por ese motivo el Fondo participa y colabora con numerosos proyectos, especialmente en Asia, África, Latinoamérica y Europa del Este, la mayor parte de los cuales están dirigidos a fomentar la inclusión de los niños con discapacidad, a promover su atención sanitaria o el acceso a la educación. Además, a través del Centro de Investigaciones Innocenti de Florencia, UNICEF está llevando a cabo valiosos estudios sobre la situación de los niños con discapacidad, entre ellos, uno sobre los derechos concretos reconocidos en la normativa internacional³³⁹, y otro sobre la situación de estos niños en los países de Europa Central y Oriental³⁴⁰.

Por otro lado, UNICEF colabora estrechamente con diversas organizaciones internacionales, como la OMS o la UNESCO, a favor de los derechos de los niños que tienen una discapacidad. A pesar de todo ello, la ausencia de una estrategia

³³⁸ Párrafo 109.

³³⁹ Innocenti Digest n. 13, "Promoting the Rights of Children with Disabilities", 2007,

³⁴⁰ Innocenti Insight n. 12, "Children and Disability in Transition in CEE/CIS and Baltic States", 2005.

global definida sobre discapacidad resta coherencia y eficacia a los esfuerzos impulsados por el Fondo.

Un tercer organismo que tampoco cuenta con unas directrices o un programa específico sobre discapacidad, pero que también ha desarrollado diversas actividades en la materia, es la FAO. Hace algunos años puso en funcionamiento una base de datos sobre *minus-válidos rurales* (sic). En ella se contenía información básica sobre los especialistas, las organizaciones y los proyectos relativos a la mejora de los medios de sustento de las personas con discapacidad en los países en desarrollo. Pero el proyecto no gozó de la continuidad deseada, y hoy se encuentra totalmente obsoleto. En la actualidad, la FAO ha puesto en marcha, en colaboración con algunos Gobiernos y otras organizaciones, un amplio número de proyectos de cooperación. Sobre la base de que las personas con discapacidad que habitan en las zonas rurales más pobres son uno de los grupos de personas que más sufren la exclusión, la Organización se ha propuesto erradicar el hambre de estas personas como premisa necesaria para posibilitar su inclusión efectiva en la sociedad. En los últimos años se han desarrollado con éxito diversos proyectos en Tailandia, Etiopía, Sierra Leona, Camboya o Sri Lanka.

Finalmente, la actuación en el ámbito de la discapacidad por parte de otras organizaciones y organismos pudiera ser calificada como residual. La Organización de Aviación Civil Internacional apenas ha dedicado pequeños esfuerzos por definir el concepto de “personas con impedimentos”³⁴¹, y el PNUD tan sólo se ha ocupado de las personas con discapacidad en ocasiones aisladas.

³⁴¹ Por ejemplo, la definición incluida en la 11ª Edición (2002) del Anexo 9 (“Facilitación”) al Convenio de Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944.

2 ACCIÓN NORMATIVA EUROPEA

En este segundo capítulo de la Parte I, dedicada al análisis jurídico formal de los principales instrumentos internacionales en materia de discapacidad, se incluyen los apartados relativos a la actividad normativa desarrollada en Europa por las dos principales organizaciones del sistema europeo de derechos humanos, como son el Consejo de Europa y la Unión Europea³⁴².

Se estima que en toda Europa hay más de 80 millones de personas con discapacidad, muchas de las cuales todavía ven restringida la posibilidad real de ejercer sus derechos humanos más básicos. Por ese motivo, en el marco regional europeo puede apreciarse un fuerte compromiso a favor de la integración de las personas con discapacidad.

En el ámbito comunitario, sobre una estrategia basada en la igualdad de oportunidades y la no discriminación, se han adoptado diversos instrumentos y llevado a cabo numerosas políticas encaminadas a eliminar las barreras que, por motivo de su discapacidad, provocan la exclusión de estas personas. También el Consejo de Europa ha tenido en cuenta a las personas con discapacidad en sus actuaciones, incorporando la perspectiva de la discapacidad en algunos de sus tratados de derechos humanos, y desarrollando una verdadera política dirigida a lograr su integración y participación efectivas.

2.1 EL CONSEJO DE EUROPA

El Consejo de Europa fue la primera organización internacional en institucionalizar un sistema supranacional de protección de los derechos humanos. En su propio Estatuto los Estados miembros reconocen “el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su Jurisdicción

³⁴² Sobre la noción y caracteres del sistema europeo de derechos humanos, véase L. Jimena Quesada, *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid: Colex, 2006, pp. 23 y ss.

ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”³⁴³. Consecuentemente, desde hace más de medio siglo, el Consejo de Europa ha desempeñado un rol esencial en la codificación y salvaguardia de los derechos humanos en Europa.

Apenas unos años después de su creación, todavía en la década de los cincuenta, el Consejo de Europa decidió prestar una atención más particularizada a las personas con discapacidad. Como vamos a ver en este apartado, a raíz de un Acuerdo Parcial en el ámbito social y de la sanidad pública, la discapacidad se convirtió en materia de trabajo para un grupo reducido de Estados. Desde aquel momento las diferentes instituciones de la organización han adoptado un considerable número de resoluciones y recomendaciones al respecto. A través de las mismas se aprecia el tránsito del modelo médico de la discapacidad al inspirado en los derechos humanos. Con el tiempo, ese grupo de Estados ha ido aumentando, y la discapacidad ha pasado a ocupar un lugar relevante en las actuaciones del Consejo de Europa, incluso más allá del marco estricto del Acuerdo parcial. Además, recientemente fue aprobado un Plan de Acción dirigido a crear un marco europeo de promoción y respeto de los derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, los tratados internacionales sobre los que se sustenta el sistema europeo de protección de los derechos humanos no han mostrado, tradicionalmente, una especial sensibilidad en la materia. Debido al momento histórico al que pertenecen el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta Social Europea, la discapacidad ha sido, bien ignorada, bien regulada desde enfoques que ya no tienen cabida en la sociedad actual. Esto se ha podido superar, en parte, gracias a las reformas y revisiones que de los mismos se han realizado en las últimas décadas. Pero además, han sido los órganos jurisdiccionales encargados de la vigilancia de estos instrumentos quienes, a través de su jurisprudencia

³⁴³ Artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, y en vigor desde el 3 de agosto de aquél mismo año.

reciente, han tratado de adaptar el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a la realidad de las personas con discapacidad.

Para una comprensión integral de la acción del Consejo de Europa en materia de discapacidad nos detendremos, en primer lugar, en los tratados de derechos humanos adoptados en el seno de la organización, y en segundo lugar, en la actividad de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, con especial atención a las resoluciones y recomendaciones adoptadas al respecto.

2.1.1 La discapacidad en los tratados europeos de derechos humanos

El compromiso del Consejo de Europa por el respeto de los derechos humanos le ha llevado a adoptar desde su creación más de doscientos tratados en los que de una u otra forma se regulan o protegen los derechos y libertades básicas en Europa³⁴⁴. De entre todos estos tratados analizaremos con especial detenimiento los dos instrumentos esenciales sobre los que se articula el sistema europeo de protección de los derechos humanos, como son el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996. Además, el Consejo de Europa también ha promovido la adopción de numerosos tratados dirigidos a proteger determinados derechos concretos o grupos de personas. Y aunque ninguno de esos tratados regula de forma específica los derechos de las personas con discapacidad, son varios los que guardan una relación más o menos directa con aquellos.

³⁴⁴ El listado de dichos instrumentos se puede encontrar en el sitio web de la Oficina de Tratados del Consejo de Europa: <http://conventions.coe.int>.

2.1.1.1 EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El 4 de noviembre de 1950 se firmó en Roma el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales³⁴⁵. En el mismo se dota de naturaleza convencional a muchos de los derechos y principios reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁴⁶.

El Convenio reconoce básica, aunque no exclusivamente, derechos civiles y políticos³⁴⁷. Es comprensible, sobre todo si atendemos al momento histórico en que fue redactado el texto, que se prestase una especial atención a la primera generación de derechos humanos. Además, el texto consta de una segunda parte orgánica en la que se regulan los mecanismos de supervisión. En total, son 59 los artículos de los que consta el Convenio, precedidos por un breve Preámbulo.

Uno de los caracteres diferenciales del Convenio respecto a otros tratados internacionales de derechos humanos es la previsión de un sistema de control que permite la presentación de denuncias individuales frente a los Estados. Ese sistema se articula en torno al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene auténtica naturaleza jurisdiccional.

Más allá del análisis global del Convenio, sobre el que ya existe abundante literatura científica, lo que aquí interesa es analizar el tratamiento que en el mismo se hace de la discapacidad. Y el resultado es contundente. No existe ninguna referencia en el texto a las personas con discapacidad, ni se reconoce derecho alguno por razón de la misma. Con una desacertada excepción. Cabe entender que el artículo 5.1.e) se refiere a las personas con discapacidad mental cuando alude a los “enajenados”.

³⁴⁵ También conocido Convenio Europeo de Derechos Humanos, el instrumento entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Por su parte, España es parte del Convenio desde que lo ratificase con fecha de 26 de septiembre de 1979.

³⁴⁶ Un completo estudio del Convenio Europeo de Derechos puede encontrarse en J. A., Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 2003.

³⁴⁷ Hay otros derechos que pueden ser catalogados como sociales o de naturaleza mixta, como pudiera ser el caso del derecho de sindicación reconocido en el artículo 11.

El artículo 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad) del Convenio Europeo establece que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley: [...] e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un *enajenado*, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo [...].

El artículo 5.1.e) permite el internamiento conforme a derecho de los *enajenados*, como excepción a la prohibición de privación de libertad. En primer lugar, resulta criticable el uso del término “enajenado”, así como su regulación junto con otras *categorías* de personas, como los enfermos contagiosos, los alcohólicos, los toxicómanos y los vagabundos³⁴⁸. Común a todas ellas es el profundo rechazo social que tradicionalmente han sufrido. Respecto al término *enajenado*, que no aparece definido en el Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que no es posible establecer una definición definitiva, pues depende de los avances constantes de la investigación psiquiátrica y de la actitud social hacia la enfermedad mental³⁴⁹. Para el Tribunal, el artículo no autoriza a detener a alguien por el mero hecho de que sus ideas o su comportamiento se aparten de las normas predominantes en una sociedad dada, sino que debe existir un pronunciamiento médico al respecto³⁵⁰. En este sentido cabría hacer un paralelismo entre “enajenación” y discapacidad mental, concepto posterior a la fecha en que fue redactada la Convención.

Así, el inciso en cuestión no reconoce derecho alguno por razón de discapacidad, sino que, muy al contrario, los limita. En efecto, el artículo 5.1.e)

³⁴⁸ En el mismo sentido, J. Cardona Llorens, “La protección de los derechos de los discapacitados en Europa”, en F. M. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa, *La Protección de las Personas y los Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 348.

³⁴⁹ *Winterwerp c. Holanda*, sentencia de 24 de octubre de 1979, Series A núm. 33.

³⁵⁰ *Ibid.*

parece estar más orientado a la privación de derechos que a su protección³⁵¹. Esto, como han alertado Quinn y Degener, confiere un poder excepcional a los poderes públicos a la hora de privar de libertad a estas personas³⁵².

Un poder que, sin embargo, queda matizado por el mismo artículo, así como por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto. Así, el artículo 5.2 exige que, ante una detención preventiva, la persona debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella. Además, dicha privación de libertad, según el párrafo primero, deberá efectuarse “con arreglo al procedimiento establecido por la Ley”. El Tribunal Europeo, a través de diversos pronunciamientos, ha puesto de manifiesto la existencia un conjunto de principios y garantías relativos a la legalidad de la detención o internamiento de estas personas³⁵³. Sin entrar en detalle, porque no es este el lugar para ello, el Tribunal ha exigido que además de un pronunciamiento médico sobre la enajenación probada de la persona, el internamiento forzoso debe ser necesario debido a su estado mental y no prolongarse si este estado remite³⁵⁴.

Otro de los artículos que pudiera resultar de interés en el ámbito de la discapacidad, es el artículo 14, que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos del Convenio. Según el mismo, “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”. Este artículo, según ha declarado el

³⁵¹ P. Bartlett, O. Lewis y O. Thorold, *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 17.

³⁵² G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 58.

³⁵³ Véanse las pp. 333 y ss. de esta tesis.

³⁵⁴ De esta manera lo ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros, en los asuntos *Winterwerp c. Holanda*, ya citado, *X c. Reino Unido*, sentencia de 5 de noviembre de 1981, Series A núm. 46, *Luberti c. Italia*, sentencia de 23 de febrero de 1984, Series A núm. 75, o *Ashingdane c. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985, Series A núm. 93.

Tribunal Europeo en el caso *Thlimmenos contra Grecia*, contiene un principio de igualdad que obliga a los Estados, no sólo a tratar de igual manera a quienes se encuentren en una misma situación, sino a tratar de forma diferente a quienes se encuentren en situaciones diferentes³⁵⁵. Sin embargo, el artículo cuenta con dos importantes limitaciones. En primer lugar, no se refiere a la discapacidad como causa explícita de discriminación. Aunque es evidente que la cláusula “cualquier otra condición” es lo suficientemente abierta como para incluir en ella los supuestos de discriminación fundados en la discapacidad de una persona. Pero a la vez es una muestra más de que el artículo, como el Convenio en su conjunto, no fue ideado para incluir los derechos y necesidades especiales de estas personas. La segunda limitación tiene un calado superior. En tanto el artículo 14 sólo es aplicable a los derechos recogidos en el texto del Convenio, la cláusula de no discriminación carece de autonomía, por lo que tiene un carácter complementario del resto de disposiciones³⁵⁶. Esto implica que si, ante una situación discriminatoria, ningún otro artículo del Convenio resulta de aplicación a una persona con discapacidad, ésta no podrá alegar ante el Tribunal la violación del artículo 14, pues no tiene existencia independiente³⁵⁷.

Finalmente, es necesario referirse a otros artículos del Convenio a los que, pese a no guardar una aparente vinculación especial con la discapacidad, la

³⁵⁵ “44. *The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different*”. *Thlimmenos c. Grecia*, sentencia de 6 de abril de 2000, núm. 34369/97, ECHR 2000-IV.

³⁵⁶ Así lo ha reafirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Véase, por ejemplo, los asuntos *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, sentencia de 28 de mayo de 1985, Series A núm. 94, *Inze c. Austria*, sentencia de 28 de octubre de 1987, Series A núm. 126, o *Thlimmenos c. Grecia*, *cit.*

³⁵⁷ En estos términos se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ámbito concreto de la discapacidad, en el asunto *Botta c. Italia*, sentencia de 24 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos les ha atribuido una significación particular en la materia³⁵⁸.

En primer lugar, hay que destacar el artículo 3, que prohíbe la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. Aún cuando este artículo no está sujeto a excepciones, los problemas surgen en el marco del internamiento en instituciones médicas, donde los pacientes son en ocasiones sometidos a tratamientos forzosos. Son supuestos en los que, aún cuando aparentemente no existe voluntad de castigar o torturar a la persona, ésta no ha prestado su consentimiento. Para determinar su legalidad, el Tribunal ha advertido de la existencia de un elemento subjetivo a la hora de modular la severidad de un tratamiento o internamiento, que hace necesario valorar su duración y efectos físicos o mentales, e incluso el sexo, edad y estado de salud de la víctima³⁵⁹. Por lo tanto, parece lógico que deba prestarse una especial atención a las personas con discapacidad, sobre todo, porque según señaló la Corte, en el ámbito de las instituciones psiquiátricas, la situación de debilidad e inferioridad de los pacientes con discapacidad invita a incrementar la vigilancia del correcto cumplimiento del Convenio³⁶⁰. Consecuentemente, el Tribunal, que ha atribuido a los Estados el deber de proteger la salud física y mental de quienes se encuentran sometidos a una detención o internamiento, ha recordado que su cumplimiento no exime de las obligaciones resultantes del artículo 3³⁶¹. No obstante, en el ámbito de la salud mental, no siempre es sencillo

³⁵⁸ El contenido material de esa jurisprudencia se examina en la Parte II de esta tesis. Un análisis sobre el tratamiento jurisprudencial progresivo de la discapacidad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede encontrarse en B. Favreau, “Les Droits de la Personne Handicapée et la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, en C. Pettiti y B. Favreau (Dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 3-35.

³⁵⁹ “109. *The Court recalls that ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this minimum is relative: it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical and/or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim*”. *Keenan c. Reino Unido*, sentencia de 3 de abril de 2001, núm. 27229/95, ECHR 2001-III.

³⁶⁰ *Herczegfalvy c. Austria*, sentencia de 24 de septiembre de 1992, Series A núm. 244.

³⁶¹ *Ibid.* “82. [...] *While it is for the medical authorities to decide, on the basis of the recognised rules of medical science, on the therapeutic methods to be used, if necessary by force, to preserve the physical and*

determinar si un tratamiento puede llegar a ser considerado inhumano o degradante. L. O. Gostin, sobre la base de la jurisprudencia europea en la materia, entiende que el límite habría que situarlo en los estándares internacionales relativos al tratamiento de la salud mental³⁶².

En definitiva, en el marco del artículo 3 del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha mostrado bastante sensible respecto a la situación de las personas con discapacidad. Incluso, de forma más reciente, el Tribunal ha llegado a entender que, aún en el caso de una detención legalmente justificada, la ausencia de unos servicios adecuados para atender a las necesidades especiales de estas personas puede constituir un trato degradante y por tanto una violación del artículo 3³⁶³.

Mención especial merece el artículo 8 del Convenio. El precepto, que reconoce el derecho de toda persona “al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, ha sido utilizado con un alcance muy superior al que podría esperarse de su tenor literal. Ello se ha debido a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha precisado el contenido del concepto “vida privada”, limitándose a señalar que aquél abarca la integridad física y moral de la persona³⁶⁴. Más recientemente, siguiendo esa misma línea, la Corte ha calificado el concepto de vida privada como un término amplio, no susceptible de ser definido de forma exhaustiva³⁶⁵. Asimismo, el hecho de que la Corte haya extendido el

mental health of patients who are entirely incapable of deciding for themselves and for whom they are therefore responsible, such patients nevertheless remain under the protection of Article 3, whose requirements permit of no derogation [...]”.

³⁶² L. O. Gostin, “Human Rights of Persons With Mental Disabilities. The European Convention of Human Rights”, 23 *International Journal of Law and Psychiatry* (2000), p. 150.

³⁶³ “30. [...] the Court considers that to detain a severely disabled person in conditions where she is dangerously cold, risks developing sores because her bed is too hard or unreachable, and is unable to go to the toilet or keep clean without the greatest of difficulty, constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention [...]”. *Price c. Reino Unido*, sentencia de 10 de julio de 2001, núm. 33394/96, ECHR 2001-VII.

³⁶⁴ *X. e Y. c. Holanda*, sentencia de 26 de marzo de 1985, Series A núm. 91.

³⁶⁵ *Bensaid c. Reino Unido*, sentencia de 6 de febrero de 2001, núm. 44599/98, ECHR 2001-I.

derecho a la vida privada al establecimiento y desarrollo de relaciones con otras personas y el entorno le ha supuesto conocer de diversos asuntos en los que la discapacidad ha tenido un especial protagonismo³⁶⁶. Los conceptos de “autonomía personal” y “calidad de vida” que el Tribunal Europeo introdujo en el *caso Pretty*, han servido para ahondar más en la posibilidad de las personas con discapacidad de acceder a su jurisdicción a través del artículo 8 del Convenio³⁶⁷. Incluso, yendo más allá, a raíz del *asunto Botta contra Italia* se ha planteado la posibilidad de exigir a los Estados la adopción de medidas positivas o la realización de ajustes razonables que permitan a una persona con discapacidad el pleno disfrute de su vida privada y familiar, algo que el Convenio Europeo no prevé de forma expresa³⁶⁸. Si bien el Tribunal ha admitido que el artículo 8 sería de aplicación en los casos en que existiese relación directa entre la vida privada y las medidas positivas solicitadas, todavía no se ha pronunciado afirmativamente. Pese a ello, como advierte De Schutter, las tendencias más recientes en la jurisprudencia de la Corte indican que pronto podría haber un precedente favorable³⁶⁹.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido objeto de modificaciones y reformas a través de diversos Protocolos adicionales. Desde 1954 se han adoptado catorce Protocolos diferentes, si bien, por diversas razones, no todos se encuentran vigentes. De entre todos ellos, dejando a un lado la importante reforma del sistema

³⁶⁶ “29. *The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life". However, it would be too restrictive to limit the notion to an "inner circle" in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world [...]*”. *Niemietz c. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Series A núm. 251-B.

³⁶⁷ *Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02, ECHR 2002-III.

³⁶⁸ *Botta c. Italia*, *cit.* Véanse también, entre otros, los *asuntos Marzari c. Italia*, decisión de 4 de mayo de 1999, núm. 36448/97, y *Zehnalová y Zehnal c. República Checa*, decisión de 14 de mayo de 2002, núm. 38621/97, ECHR 2002-V.

³⁶⁹ O. De Schutter, “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 40 y ss.

de protección que introdujo el Protocolo núm. 11, el Protocolo que más interesa destacar aquí es el núm. 12³⁷⁰. El artículo 1 (Prohibición general de discriminación) del Protocolo núm. 12 establece que:

- “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

Este artículo no sustituye ninguno de los previstos en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, sino que se añade al mismo de forma adicional. Pese a que la diferencia formal con el artículo 14 del Convenio Europeo pueda parecer exigua, la implicación que la misma conlleva es más que significativa. A diferencia del artículo 14 del Convenio, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 no limita la prohibición de discriminación a los derechos y libertades reconocidos en el articulado del Convenio, sino que la extiende a cualquier derecho reconocido “por la ley”. Esto implica que la nueva cláusula de lucha contra la discriminación tiene un carácter autónomo e independiente, y podrá, por tanto, ser alegada por cualquier particular que haya sufrido cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de un derecho reconocido en su ordenamiento jurídico.

Sin embargo, tampoco en este nuevo artículo se ha incluido la discapacidad como causa de discriminación. Si bien es criticable que cincuenta años después del Convenio no se haya subsanado esta importante omisión, como ocurre con el artículo 14 del Convenio, la expresión “cualquier otra situación” permite, sin problemas aparentes, incluir los supuestos de discriminación fundada en la discapacidad de la persona.

³⁷⁰ Firmado el 4 de noviembre de 2000, y en vigor desde el 1 de abril de 2005. España ratificó el Protocolo con fecha 13 de febrero de 2008, por lo que, de acuerdo con su artículo 5, tiene vigencia en nuestro país desde el 1 de junio de ese año.

Con la entrada en vigor del Protocolo núm. 12 asistimos a un cambio trascendental de la situación de las personas con discapacidad en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. La nueva cláusula *anti-discriminación* va a permitir un mayor y mejor acceso de estas personas a la jurisdicción del Tribunal, que va a conocer de muchas violaciones de derechos fundamentales que en la actualidad son inadmitidas o desestimadas.

A modo de balance, la doctrina ha coincidido al afirmar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha desconocido en su letra la especificidad de la desventaja de las personas con discapacidad para el ejercicio y respeto de sus derechos³⁷¹. Lo cierto es que, después de medio siglo, algunas de sus previsiones parecen obsoletas y alejadas de la sociedad europea del siglo XXI. Además, como ha recordado Ellis, la mayoría de los derechos reconocidos son de carácter negativo, en el sentido de que, para su satisfacción, no se precisa de una actuación efectiva de los Estados³⁷². Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en su momento la Comisión Europea de Derechos Humanos, se han encargado de adaptar y desarrollar el significado y alcance de los derechos y libertades del Convenio, haciendo del mismo un instrumento *vivo*, incluso en el ámbito de la discapacidad³⁷³.

En ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido en consideración, con sus luces y sombras, los problemas y las necesidades especiales de las personas con discapacidad para el ejercicio de sus derechos, elaborando un conjunto de principios en la materia. Aún así, el resultado

³⁷¹ J. Cardona Llorens, “La protección...”, *op. cit.*, p. 348. En el mismo sentido, E. Blanco Egido, “La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, p. 415.

³⁷² K. Ellis, “Disability rights in practice: the relationship between human rights and social rights in contemporary social care”, 20 (7) *Disability & Society* (2005), p. 693.

³⁷³ L. Loucaides, “The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities”, en Consejo de Europa, *Human Rights-Disability-Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo, COE Publishing, 2005, pp. 38 y ss.

no puede ser calificado de satisfactorio, pues a pesar de los esfuerzos del Tribunal, muchas violaciones de derechos sufridas por estas personas quedan fuera de su jurisdicción. Por ese motivo, quizá el potencial del Convenio Europeo en la materia sea más limitado de lo que cabía esperar³⁷⁴. Sin embargo, la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 12, con las posibilidades que conlleva, puede suponer una verdadera revolución en lo relativo a la efectividad de los derechos humanos de las personas con discapacidad en Europa.

2.1.1.2 LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y LA CARTA REVISADA

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, los derechos económicos y sociales se regulan con carácter general en la Carta Social Europea de 1961. Este tratado, cuya obligatoriedad y mecanismo de control cuenta con ciertas particularidades, complementa parcialmente los derechos regulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Con el fin de adaptar la Carta a los cambios sociales producidos tras su adopción, en 1996 se firmó una versión revisada de la misma, que actualiza y amplía los derechos reconocidos en aquella.

a) La Carta Social Europea

En 1961 se firmó en Turín la Carta Social Europea, con la finalidad de incorporar al sistema europeo de derechos humanos los derechos económicos y sociales que, salvo algunas excepciones, habían quedado fuera del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁷⁵. La Carta se convirtió en el primer tratado internacional en recoger, con las limitaciones que luego se verán, la *segunda generación* de derechos humanos. Además, en su texto se incluyeron diversas referencias a las personas con discapacidad.

³⁷⁴ Así lo ha entendido, por ejemplo, *Lady* Brenda Hale. B. Hale, "Justice and equality in mental health law: The European experience", 30 *International Journal of Law and Psychiatry* (2007), p. 20.

³⁷⁵ Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en vigor desde el 26 de febrero de 1965. España ratificó la Carta el 6 de mayo de 1980, entrando en vigor 30 días después.

Desde un punto de vista estrictamente formal, la Carta Social Europea consta de cinco Partes, precedidas de un Preámbulo y acompañadas de un Anexo. La Parte I consta de 19 puntos a través de los cuales se introducen los principios y derechos que obligarán a los Estados parte. Cada uno de esos puntos se corresponde con los 19 artículos de los que se compone la Parte II, en la que son desarrolladas con mayor precisión las obligaciones concretas que los Estados deberán asumir para hacer efectivos los derechos mencionados. La parte III está constituida exclusivamente por el artículo 20, que se refiere a las condiciones de obligatoriedad que los Estados asumirán en lo que se ha llegado a calificar de “ratificación a la carta”³⁷⁶. Las partes IV y V regulan, respectivamente, el mecanismo de control y las habituales disposiciones finales.

Como se indicado, la Carta incorpora en algunos de sus artículos la especificidad de la discapacidad, si bien el tratamiento de la misma responde a un modelo, cuanto menos, obsoleto. Además del punto y el artículo 15, dedicados específicamente a formación y readaptación profesional de las personas con discapacidad, encontramos referencias a estas personas en los artículos noveno y décimo.

En efecto, el artículo 15 de la Carta es el precepto central del instrumento en lo que respecta a la discapacidad. El punto 15 de la Carta establece que “toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez”. Con esa finalidad, en el artículo 15 (Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social) se prevé que:

“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen:

³⁷⁶ Véase, por ejemplo, L. Jimena Quesada, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 29.

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.
2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

En primer lugar, cabe destacar la incorrecta terminología utilizada en la Carta. El artículo y el punto 15 hablan de *inválidos*, *disminuidos físicos y mentales* y de *minusválidos*. El uso de diferentes términos para referirse a la discapacidad indica la existencia de cierta confusión conceptual al referirse a esta realidad³⁷⁷. Además estas formas de referirse a la discapacidad son en la actualidad, no sólo técnicamente incorrectas, sino socialmente inapropiadas.

Respecto al contenido material del artículo 15, éste cuenta con dos importantes limitaciones. En primer lugar, el artículo restringe exclusivamente el reconocimiento de derechos por razón de discapacidad al ámbito laboral. Se regula el derecho de las personas con discapacidad a la formación y la readaptación profesional y social, obligando a los Estados a procurar medidas para *proporcionarles* un trabajo. Pero además, y esta es la segunda limitación, el artículo regula el acceso al mundo laboral de las personas con discapacidad de una manera sesgada, pues limita sus derechos a la formación y la rehabilitación, sin mención alguna a la equiparación de oportunidades, la igualdad de condiciones en el empleo o la posibilidad de exigir la realización de ajustes razonables. Para ello prevé fórmulas anticuadas, poco efectivas y alejadas de las últimas tendencias en materia de discapacidad y derechos humanos, como la ocupación a través de instituciones especializadas o la creación de empleos protegidos. Es más, puede apreciarse la confusión con la que se redactó el artículo a través de las contradicciones en las medidas previstas³⁷⁸. Quizá porque en aquél momento los poderes públicos

³⁷⁷ La Carta Social Europea en su versión en inglés utiliza los términos “*handicapped*”, “*disabled person*” y “*physically or mentally disabled*”.

³⁷⁸ Véase al respecto G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 66.

desconocían cuál era la mejor forma de promover el acceso de estas personas al mundo laboral, se previeron medidas de naturaleza exclusiva, como el empleo protegido o especial, e inclusiva, como los incentivos en la contratación.

La doctrina es unánime al señalar que bajo el artículo 15 de la Carta, subyace el viejo modelo médico de la discapacidad³⁷⁹. La discapacidad es regulada desde el prisma de la dependencia de estas personas y la necesidad de ser rehabilitadas para conseguir su *adaptación* al mundo laboral. Lejos de exigir a los Estados la adopción de medidas dirigidas a crear un entorno inclusivo e integrador, la norma se centra en las circunstancias de la persona y la necesidad de adaptarlas, a través de su formación y rehabilitación, al contexto profesional existente. El papel de los Estados adquiere un carácter tuitivo cuando en el segundo párrafo se explicita que serán ellos quienes deban “proporcionar” un puesto de trabajo a los trabajadores con discapacidad. Además, en tanto existe una presunción implícita de *incapacidad* para integrarse en el mercado laboral, se prevé la creación de centros especiales y empleos protegidos.

Sin embargo, esta desacertada regulación de la discapacidad en la Carta ha sido enmendada, en parte, por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Éste órgano, encargado de supervisar la aplicación de la Carta a través del examen de los informes presentados por los Estados, se ha referido al artículo 15 y su alcance en diversas ocasiones. En líneas generales, como se verá en la Parte II de esta tesis, el Comité Europeo ha apostado por una interpretación amplia del artículo 15, incorporando en la medida de lo posible el modelo social y el enfoque basado en el reconocimiento de derechos, especialmente tras la adopción de la Recomendación

³⁷⁹ Entre otros, J. Cardona Llorens, “La protección...”, *op. cit.*, p. 353; M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”, en E. Alcaín, J. González-Badía y C. Molina (Coord.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada: Editorial Comares, 2006, p. 31 y G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 65.

del Comité de Ministros R (92) 6 sobre una política coherente en materia de discapacidad³⁸⁰.

Por otro lado, no existe ningún artículo en la Carta que prohíba la discriminación, como sí ocurría en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el Preámbulo, los Estados firmantes se limitaron a considerar que “el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social”. Pero esta previsión, en la que no se incluye explícitamente la discapacidad, quedó fuera del articulado de la Carta.

Sí se introdujo, en cambio, una referencia expresa a las personas con discapacidad en dos artículos del tratado. Los artículos 9 (Derecho a la orientación profesional) y 10 (Derecho de formación profesional) incluyen a los “minusválidos” como titulares de los derechos reconocidos. El derecho a la orientación profesional reconocido en la Carta implica la creación de un servicio gratuito de ayuda para la elección de una profesión o la promoción en la misma, mientras que para lograr una formación profesional efectiva, los Estados asumen el compromiso de favorecer el acceso a la enseñanza y asegurar un sistema de aprendizaje y formación.

Otro de los aspectos controvertidos de la Carta Social Europea es el relativo a su obligatoriedad. El artículo 20 articula un sistema de ratificación *a la carta*, al permitir a los Estados vincularse parcialmente al instrumento. Necesariamente los Estados deberán considerarse obligados, al menos, por cinco de los siete artículos que conforman en “núcleo duro” de la Carta (artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19). Además, cada Estado deberá aceptar discrecionalmente un número adicional de disposiciones “siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados”. Este peculiar sistema permitiría a un Estado excluir el artículo 15 de

³⁸⁰ G. Quinn, “The European Social Charter and EU Anti-discrimination Law in the Field of Disability: Two Gravitational Fields with One Common Purpose”, en G. de Búrca y B. de Witte (Eds.), *Social Rights in Europe*, Nueva York: Oxford University Press, 2005, p. 286.

las disposiciones por las que estará vinculado. No obstante, hay Estados parte de la Carta, como España, que se han obligado íntegramente al texto sin hacer uso de las facultades que les otorga el artículo 20.

En definitiva, la Carta Social Europea, pese a referirse las personas con discapacidad en algunas de sus disposiciones, lo hizo siguiendo el modelo característico de la época, centrado en las limitaciones biológicas de la persona. Con el paso de los años, su articulado ha ido acusando la obsolescencia, mostrándose cada vez más alejado de la realidad europea contemporánea. Por ese motivo en la década de los noventa se planteó una necesaria revisión del texto. Primero, a través de diversos protocolos adicionales, y finalmente, con la adopción de la Carta Social Europea revisada en 1996, el Consejo de Europa acometió una importante actualización de sus contenidos.

b) La Carta Social Europea revisada

La Carta Social Europea revisada, como se indica en su Preámbulo, fue creada con la finalidad de reemplazar progresivamente la Carta de 1961, actualizando sus contenidos, incorporando las modificaciones introducidas desde la fecha y añadiendo nuevos derechos³⁸¹. Su naturaleza jurídica es la de un auténtico tratado internacional de derechos humanos. De hecho, es uno de los tratados más relevantes en materia de derechos económicos y sociales de cuantos se encuentran vigentes.

La Carta revisada sigue una estructura formal similar a la Carta original, aunque se amplía el número de partes y artículos. El texto consta de seis partes, un Preámbulo y un Anexo. La Parte I contiene los principios y derechos cuya efectividad deberán perseguir los Estados parte a través de sus políticas. Como en el texto de 1961, cada uno de esos 31 principios se corresponde con los 31 artículos

³⁸¹ Carta Social Europea (revisada), firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y en vigor desde el 1 de julio de 1999. Aunque España firmó la Carta revisada el 23 de octubre de 2000, todavía no ha presentado instrumento de ratificación, por lo que no es parte de la misma.

de los que consta la Parte II, en los que se establecen las obligaciones concretas que deberán asumir los Estados. En las partes III a VI, cuyos artículos están numerados alfabéticamente, se regula la obligatoriedad de la Carta, el mecanismo de supervisión y las disposiciones finales.

El tratamiento de la discapacidad en la Carta revisada responde a una concepción más moderna y actual de la misma. Esta evolución queda reflejada ya en el principio 15, al reconocer que las *“disabled persons have the right to independence, social integration and participation in the life of the community”*³⁸². Mientras que la Carta original limitaba este derecho a formación y readaptación profesional, la versión revisada lo extiende de forma general a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad. En esta línea, el nuevo artículo 15 (*the right of persons with disabilities to independence, social integration and participation in the life of the community*) establece:

“With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular:

1. to take the necessary measures to provide persons with disabilities with guidance, education and vocational training in the framework of general schemes wherever possible or, where this is not possible, through specialised bodies, public or private;
2. to promote their access to employment through all measures tending to encourage employers to hire and keep in employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled or, where this is not possible by reason of the disability, by arranging for or creating sheltered employment according to the level of disability. In certain cases, such measures may require recourse to specialised placement and support services;
3. to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure”.

³⁸² En tanto no existe una traducción oficial al español de la Carta Social Europea revisada, será citada en su versión inglesa auténtica.

En primer lugar, el artículo se refiere sin distinciones a las personas con discapacidad, utilizando una terminología adecuada a las recomendaciones de la OMS. Con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad, en el artículo se prevén tres tipos de medidas que los Estados deberán adoptar. Los dos primeros párrafos se corresponden, con importantes diferencias, con los dos párrafos del artículo previsto en la Carta de 1961. El párrafo primero se refiere a la orientación, educación y formación profesional de las personas con discapacidad, que cuando sea posible, deberá llevarse a cabo en el marco del régimen general. El párrafo segundo obliga a los Estados a promover su acceso al empleo a través del estímulo de los empleadores y la adaptación de las condiciones de trabajo a sus necesidades particulares. Sólo cuando esto no sea posible se prevé el recurso a los empleos protegidos. El párrafo tercero supone una novedad respecto a la versión anterior del precepto. Con la finalidad de promover la plena integración y participación de las personas con discapacidad, los Estados deberán aplicar medidas que, en particular, les posibiliten superar las barreras en la comunicación y la movilidad, así como acceder al transporte, la vivienda, la cultura y el ocio. Sin embargo, las medidas incluidas en el artículo no son independientes entre sí por lo que debieran programarse de forma conjunta. Así lo ha afirmado el Comité Europeo de Derechos Sociales al entender que del artículo 15.3 deriva una obligación de establecer una base legislativa clara en materia de integración y participación de las personas con discapacidad³⁸³.

El cambio de enfoque en la redacción del nuevo artículo 15 es evidente. Inspirado sobre la base de la Recomendación de 1992 sobre una política coherente en materia de discapacidad y las tendencias internacionales del momento, el artículo 15 responde al modelo social de la discapacidad³⁸⁴. Esta nueva orientación

³⁸³ Conclusiones de 2003 (Francia) del Comité Europeo de Derechos Sociales, p. 72.

³⁸⁴ También ha habido unanimidad en la doctrina al respecto. Véanse, entre otros, J. Cardona Llorens, "La protección...", *op. cit.*, p. 354; M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, *op. cit.*, p. 31 y

se aprecia, por ejemplo, en la importancia que adquiere la integración de la persona con discapacidad tanto en su educación y formación como en el acceso al mercado laboral, en los que los programas y las instituciones especializadas tendrán un carácter excepcional. La obligación de adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades especiales supone el reconocimiento de que la exclusión que sufren las personas con discapacidad no puede justificarse únicamente en sus circunstancias personales. Por último, el artículo 15.3 añade nuevas obligaciones a los Estados, que deberán crear entornos incluyentes, en los que los transportes, la movilidad o la educación sean accesibles a todos los ciudadanos. En definitiva, el artículo 15 supone, como afirma Cardona, “el pleno reconocimiento del derecho a ser diferente [...] y el deber de la sociedad de adaptarse a las necesidades específicas” de estas personas³⁸⁵. Pese a ello, sería un error obviar que la redacción del artículo 15 en la Carta revisada adolece de ciertas fisuras. En primer lugar, porque el derecho a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad abarca muchas más esferas de las previstas en el artículo. Y en segundo lugar, porque, como se verá, la exigibilidad efectiva de los derechos reconocidos sigue estando sujeta a importantes limitaciones.

A diferencia de la Carta de 1961, la Carta revisada incluye una prohibición expresa de la discriminación en su artículo E. Este artículo, como puede apreciarse, es prácticamente idéntico al previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“Article E Non-discrimination

The enjoyment of the rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status”.

32; G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 67 y C. Pettiti, “Les Garanties de la Charte Sociale Européene”, en C. Pettiti y B. Favreau (Dir.), *op. cit.*, p. 74.

³⁸⁵ *Ibid.*

Como en el artículo 14 del Convenio Europeo, la discapacidad tampoco está contenida expresamente en el artículo, aunque al igual que ocurría con aquél, quedaría incluida sin problemas en la expresión “*other status*”. Además, al referirse sólo a los derechos reconocidos en la Carta, tampoco éste artículo podría ser invocado de forma autónoma. Así lo ha entendido el Comité Europeo de Derechos Sociales en el *asunto Autismo-Europa contra Francia*³⁸⁶. En esa misma decisión, el Comité consideró que con el fin de garantizar una igualdad real y efectiva, el artículo E prohíbe no sólo la discriminación directa, sino también la indirecta³⁸⁷.

Por otro lado, la ubicación del artículo E fuera de la Parte II ha generado dudas entre la doctrina³⁸⁸. Pudiera interpretarse que al apartarlo de la parte central del texto se está poniendo en duda su naturaleza de derecho fundamental. O contrariamente, que con ello se remarca su carácter transversal. El Comité Europeo se ha pronunciado al respecto, afirmando que con la inclusión en otra sección, los autores del texto buscaban realzar la importancia del artículo E en la realización de los demás derechos reconocidos en la Carta³⁸⁹.

La Carta revisada reproduce los artículos 9 y 10 de la Carta Social Europea, añadiendo un párrafo al segundo. Como ya se vio, en estos artículos, relativos a la orientación y la formación profesional, se menciona tangencialmente la

³⁸⁶ Reclamación núm. 13/2002, Autismo-Europa contra Francia. Decisión de 4 de noviembre de 2003.

³⁸⁷ *Ibid.*, párrafo 52: “[...] *In other words, human difference in a democratic society should not only be viewed positively but should be responded to with discernment in order to ensure real and effective equality. In this regard, the Committee considers that Article E not only prohibits direct discrimination but also all forms of indirect discrimination. Such indirect discrimination may arise by failing to take due and positive account of all relevant differences or by failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all*”.

³⁸⁸ Véase, por ejemplo, G. Quinn, “The European Social Charter...”, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

³⁸⁹ “51. *The Committee considers that the insertion of Article E into a separate Article in the Revised Charter indicates the heightened importance the drafters paid to the principle of non-discrimination with respect to the achievement of the various substantive rights contained therein. It further considers that its function is to help secure the equal effective enjoyment of all the rights concerned regardless of difference [...]*”. Asunto Autismo-Europa contra Francia, ya citado.

discapacidad. Sin ánimo de reiterar lo ya expuesto, resulta criticable que se siga utilizando el término “handicapped” (“minusválido”) para referirse a estas personas.

De igual manera que lo hiciera el texto de 1961, la Carta revisada incluye un sistema de obligatoriedad *a la carta*. En este caso los Estados deberán obligarse por al menos 6 de los preceptos indicados en el artículo A.b) (1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20) y por un número adicional no inferior a 16 artículos o 63 párrafos numerados. Nuevamente, la discapacidad vuelve a quedar fuera de los artículos *principales*.

La Carta Social Europea revisada, en su conjunto, constituye un importante instrumento para la promoción, más que como se verá la protección, de los derechos de las personas con discapacidad. Supone un gran adelanto respecto al texto que sustituye, al que mejora en numerosos apartados. No obstante, debe tenerse en cuenta que la Carta cuenta con diversas limitaciones y carencias, por lo que, aunque puede llegar a desempeñar un rol fundamental en materia de derechos económicos y sociales en Europa, no es un texto perfecto ni definitivo. Además, lamentablemente, son todavía numerosos los Estados miembros del Consejo de Europa que, como España, todavía no han ratificado la revisión de 1996.

Por último, cabe referirse al mecanismo de supervisión de las obligaciones de la Carta. Tanto la Carta Social Europea como la Carta revisada, se rigen por las mismas disposiciones, contenidas en la primera y reformadas por el Protocolo adicional de 1991³⁹⁰. El sistema de control se basa en la obligación que tienen los Estados de presentar informes periódicos sobre la aplicación de las disposiciones aceptadas al Comité Europeo de Derechos Sociales. Este órgano, que en sentido estricto no está dotado de carácter jurisdiccional, analiza la conformidad de las actuaciones de los Estados con sus obligaciones derivadas de la Carta, emitiendo unas Conclusiones. Finalmente interviene el Comité de Ministros del Consejo de

³⁹⁰ Pese a que el Protocolo adicional a la Carta de 21 de octubre de 1991 no ha entrado en vigor (pues precisa del consentimiento de todos los Estados parte de la Carta), viene aplicándose en la práctica por los órganos de control de la misma por indicación del Comité de Ministros desde finales de aquel mismo año.

Europa, adoptando una resolución al respecto y, en su caso, las oportunas recomendaciones.

Pero además del sistema de informes estatales, que ofrece una débil protección de los derechos reconocidos en la Carta, existe un sistema de reclamaciones colectivas. Este sistema, introducido por el Protocolo adicional de 1995³⁹¹, permite a determinadas organizaciones denunciar la “aplicación insatisfactoria” de la Carta por parte de un Estado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales. En caso de considerarla admisible, el Comité Europeo procede a decidir sobre el fondo del asunto, estimando si existe o no violación de las obligaciones contenidas en la Carta. Por último interviene el Comité de Ministros, con unas funciones similares a las previstas en el sistema de informes. Hasta el momento, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha conocido de dos asuntos relacionados con la discapacidad y el artículo 15 de la Carta, lo que ha propiciado importantes aportaciones en la materia³⁹². Sin embargo, España tampoco ha ratificado el Protocolo adicional de 1995, por lo que el sistema de reclamaciones colectivas no resulta de aplicación en nuestro país.

2.1.1.3 OTROS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

La preocupación por la defensa de los derechos humanos en el continente europeo ha llevado al Consejo de Europa a adoptar un amplio número de tratados internacionales en la materia. Pese a que ninguno de ellos ha sido dedicado de forma específica a las personas con discapacidad, son varios los que, bien por referirse a la misma, bien por su relevancia, merecen ser citados en este punto.

³⁹¹ Protocolo adicional a la Carta Social Europea, en el que se establece un Sistema de Reclamaciones Colectivas, firmado en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995, y en vigor desde el 1 de julio de 1998.

³⁹² En particular, las reclamaciones núm. 13/2002 (Autismo-Europa contra Francia) -ya citada- y 41/2007 (Mental Disability Advocacy Centre contra Bulgaria), decisión de 3 de junio de 2008.

Uno de estos instrumentos es el *Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes* de 1987³⁹³. Con la finalidad de reforzar, a través de la prevención, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Convenio de 1987 creó el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. Este órgano tiene por función examinar, a través de la realización de visitas, el trato dado a las personas privadas de libertad y, en su caso, protegerlas contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes.

Pese a que no existe referencia alguna a la discapacidad, es obvio que los casos de violaciones de derechos humanos sufridas en instituciones psiquiátricas entran de pleno en el ámbito de aplicación de la Convención. De hecho, el Comité se ha referido especialmente a estos supuestos en varios de sus informes anuales de actividades³⁹⁴. En ellos el Comité ha analizado las prácticas habituales en estas instituciones, a la vez que ha propuesto pautas de actuación más respetuosas con la dignidad y los derechos de los pacientes. Por ejemplo, el Comité ha criticado el uso abusivo del internamiento, incluso en situaciones en las que desde el punto de vista médico no resultaría necesario o aconsejable. También ha recordado que, en tanto estos centros deben ser lugares seguros para quienes los ocupan, toda persona debe ser protegida frente a cualquier forma de violencia o abuso³⁹⁵. Con todo ello, el Comité ha pretendido establecer unos parámetros comunes que puedan servir de aplicación a cualquier Estado, con independencia de las diferentes tendencias europeas en la gestión de instituciones psiquiátricas.

³⁹³ Convenio adoptado el 26 de noviembre de 1987, y en vigor desde el 1 de febrero de 1989.

³⁹⁴ En particular, en sus informes anuales 3º, relativo al año 1992 (CPT/Inf (93) 12), 8º, relativo al año 1997 (CPT/Inf (98) 12), y 16º, relativo al periodo 2005-2006 (CPT/Inf (2006) 35).

³⁹⁵ Informe anual 16º, párrafos 36 y ss.

Diez años después de la adopción del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura fue adoptada la *Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina*³⁹⁶. Ante los peligros que, mediante una práctica inadecuada, los avances de la biología y la medicina podían suponer para la dignidad humana, el Consejo de Europa impulsó una regulación al respecto. Para ello, los Estados parte se comprometen, según el artículo 1, a proteger “al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina”.

Sin embargo, el texto plantea numerosos interrogantes en torno a la discapacidad. El artículo 6.3, en relación a las intervenciones sanitarias, establece que “cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley”, añadiendo que “la persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización”. No obstante, pueden existir otros casos en los que, a pesar de que la persona sí puede prestar su consentimiento, éste no se tenga en consideración. En este sentido, el artículo 7 precisa que “la persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de este tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la ley, que comprendan los procedimientos de supervisión y control, así como los de recurso”. Ahora bien, el artículo no aclara con suficiente claridad qué debe entenderse por perjuicio grave para la salud, lo que podría suponer una puerta abierta para desconsiderar la

³⁹⁶ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y en vigor desde el 1 de diciembre de 1999.

voluntad del paciente. Pese a ello, en ambos preceptos encontramos ciertas garantías que, eso sí, dependerán de las legislaciones concretas de cada Estado.

Los problemas más graves de la Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina surgen en torno a la regulación del genoma humano y la investigación científica³⁹⁷. Pese a que en el texto se prohíbe la discriminación por razones genéticas³⁹⁸, el artículo 14 autoriza la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer cuando “sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada a sexo”. Las implicaciones éticas que esta disposición puede conllevar son importantes, sobre todo cuando la discapacidad es erróneamente equiparada a la enfermedad.

Respecto a la investigación científica en la medicina y la biología, la Convención proclama el principio de libertad en su artículo 15. Libertad que, por otra parte, quedará sujeta a las limitaciones previstas en la Convención. En principio, es necesario que cualquier persona sometida a experimentación haya prestado su consentimiento libremente. Sin embargo en el artículo 17.2 se permite la posibilidad de experimentar con personas que no tienen capacidad de prestar su consentimiento si el riesgo y los inconvenientes son mínimos. Concretamente, el artículo 17 establece que:

- “1. Sólo podrá hacerse un experimento con una persona que no tenga, conforme al artículo 5, capacidad para expresar su consentimiento acerca del mismo, cuando se den las siguientes condiciones:
- i) Que se cumplan las condiciones enunciadas en el artículo 16, párrafos (i) a (iv).
 - ii) Que los resultados previstos del experimento supongan un beneficio real y directo para su salud.
 - iii) Que el experimento no pueda efectuarse con una eficacia comparable con sujetos capaces de prestar su consentimiento al mismo.
 - iv) Que se haya dado específicamente y por escrito la autorización prevista en el artículo 6.
 - v) Que la persona no exprese su rechazo al mismo.

³⁹⁷ Véase G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

³⁹⁸ Artículo 11: “Se prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético”.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, podrá autorizarse un experimento cuyos resultados previstos no supongan un beneficio directo para la salud de la persona si se cumplen las condiciones enumeradas en los párrafos (i), (iii), (iv) y (v) del apartado 1 anterior, así como las condiciones suplementarias siguientes:

- i) El experimento tenga por objeto, mediante una mejora significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, contribuir a lograr en un determinado plazo resultados que permitan obtener un beneficio para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan la misma enfermedad o el mismo trastorno, o que presenten las mismas características.
- ii) El experimento sólo represente para la persona un riesgo o un inconveniente mínimo”.

Esta excepción supone, desde la perspectiva de los derechos de las personas con discapacidad, una posibilidad difícil de admitir y justificar. Y es que la investigación no terapéutica con personas *incapaces* para consentir, puede fácilmente prestarse a abusos³⁹⁹. De hecho, cabe preguntarse si esta previsión no es contraria al artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que “nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”. La presión ejercida por muchas organizaciones de derechos humanos contrarias a este polémico artículo ha provocado que algunos Estados, como Alemania o Irlanda, no hayan siquiera firmado el texto.

Por último, es oportuno referirse a la reciente *Convención sobre protección contra la explotación sexual y el abuso infantil* de 2007⁴⁰⁰. En ella se han incluido diversas referencias a los niños con discapacidad. En primer lugar, a diferencia de todos los instrumentos analizados, el principio de no discriminación establecido en el artículo 2 incluye expresamente la discapacidad como posible causa de aquella:

“Article 2 Non-discrimination principle

The implementation of the provisions of this Convention by the Parties, in particular the enjoyment of measures to protect the rights of victims, shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour,

³⁹⁹ Véase al respecto R. Andorno, “Hacia un Derecho internacional de la bioética: el ejemplo de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina”, 3 *REEI* (2001), pp. 13 y 14.

⁴⁰⁰ *Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, de 25 de octubre de 2007.

language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth, sexual orientation, state of health, disability or other status”.

Asimismo, el artículo 18 se refiere a la especial vulnerabilidad que sufren los niños con discapacidad mental o física cuando insta a los Estados a criminalizar el abuso sexual infantil. Además, el hecho de lesionar gravemente la salud física o mental de la víctima deberá ser considerado como circunstancia agravante del delito, según el artículo 28. No obstante no se encuentra todavía en vigor pues, aunque son muchos los Estados que la han firmado, todavía no se ha alcanzado el número de ratificaciones necesario.

2.1.2 La actividad del Consejo de Europa en materia de discapacidad

Prácticamente desde su creación, el Consejo de Europa viene desarrollando una intensa actividad de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad. El verdadero impulsor de estos trabajos ha sido el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, creado sobre la base de un Acuerdo Parcial en el ámbito social y de la sanidad pública.

La evolución hacia el modelo de derechos humanos se aprecia a través de las numerosas resoluciones y recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria y del Comité de Ministros, tanto dentro como fuera del marco del Acuerdo Parcial, y dirigidas específicamente a las personas con discapacidad. Además, en los últimos años se han incrementado los esfuerzos por articular una política coordinada sobre discapacidad, que se ha visto consolidada con la adopción del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015).

2.1.2.1 LAS PRIMERAS ACTUACIONES. EL ACUERDO PARCIAL EN EL CAMPO DE LO SOCIAL Y LA SALUD PÚBLICA

En materia de discapacidad, la primera iniciativa del Consejo de Europa, propiamente dicha, se remonta a finales de la década de los cincuenta. El 16 de noviembre de 1959, mediante la *Resolución (59) 23 del Comité de Ministros*, fue

aprobado el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública⁴⁰¹. Como relata Cardona, los Estados miembros de la Unión Europea Occidental habían decidido transferir la cooperación que el Pacto de Bruselas de 1948 les confería en materia social y cultural al Consejo de Europa. Sin embargo, no todos los Estados miembros del Consejo de Europa lo eran de la UEO, por lo que encontraron reticencias a la hora de asumir lo ya realizado en aquellos ámbitos⁴⁰². Fue esa la razón por la que hubo que supeditar dichas materias al régimen de los *Acuerdos Parciales*.

Los Acuerdos Parciales son una técnica de “cooperación reforzada” utilizada con relativa frecuencia en el Consejo de Europa⁴⁰³. Ante la negativa de ciertos Estados miembros a la hora de asumir nuevas obligaciones, estos acuerdos permiten que un número limitado de Estados puedan desarrollar una iniciativa en el marco competencial de la Organización. De esta manera, sólo los Estados parte del Acuerdo quedan vinculados por el mismo⁴⁰⁴.

A través del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública de 1959, el Comité de Ministros autorizó a los Estados que así lo solicitaron (Bélgica, Francia, República Federal Alemana, Italia, Luxemburgo, Países Bajos y Reino Unido) a continuar con las actividades sociales y culturales previstas en la resolución. El anexo de la Resolución (59) 23 incluyó expresamente la “rehabilitación y readaptación de los *discapacitados*”.

Sobre esta base, el Consejo de Europa ha impulsado durante medio siglo numerosas iniciativas relativas a las personas con discapacidad, apreciándose en

⁴⁰¹ Resolución (59) 23 del Comité de Ministros, de 16 de noviembre de 1959, por la que se autoriza el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.

⁴⁰² J. Cardona Llorens, “La protección...”, *op. cit.*, pp. 338 y 339.

⁴⁰³ En la actualidad, el número de Acuerdo Parciales, Acuerdos Ampliados y Acuerdos Parciales Ampliados asciende a catorce.

⁴⁰⁴ El régimen jurídico de los Acuerdos Parciales se contiene en la Resolución estatutaria del Comité de Ministros (93) 28, de 14 de mayo de 1993, que reemplazó a la Resolución (51) 62, de 2 de agosto de 1951.

ellas el paradigma propio del momento. Posteriormente se han ido incorporando más Estados al Acuerdo Parcial, entre ellos España, hasta alcanzar los dieciocho actuales⁴⁰⁵. Además, en 1996, el Acuerdo Parcial fue objeto de una importante revisión. A través de su *Resolución (96) 35*, el Comité de Ministros, en su composición restringida — es decir, sólo los Estados miembros del Acuerdo Parcial —, dotó de continuidad a las actividades desarrolladas hasta el momento, modificando las normas reguladoras del Acuerdo⁴⁰⁶. Estas actividades han quedado limitadas a la protección de la salud de los consumidores y la integración de las personas con discapacidad en la comunidad. Para ello se previó la creación de una política coherente en materia de discapacidad y la adopción de medidas encaminadas a eliminar aquellas barreras que, con independencia de su naturaleza, dificultasen su integración.

Las actividades derivadas del Acuerdo Parcial son dirigidas por dos comités de expertos: el Comité sobre Salud Pública (CD-P-SP) y el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad (CD-P-RR). De ambos dependen diversos subcomités y grupos de trabajo. En particular, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad cuenta con el Comité de Expertos sobre Educación e Integración de los Niños con Autismo, el Comité sobre Diseño Universal, el Grupo de Trabajo sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa en materia de Discapacidad y el Grupo de Expertos sobre Desinstitucionalización de los Niños con Discapacidad. Entre sus funciones básicas, se encuentra la de preparar estudios e informes, elaborar directrices y propuestas y, en definitiva, promover la cooperación de los Estados en la materia. Muchos de los trabajos del Comité han derivado en resoluciones del Comité de Ministros, generalmente en su composición restringida a los Estados miembros del Acuerdo

⁴⁰⁵ En concreto, los Estados parte de Acuerdo Parcial son Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y Reino Unido. Dinamarca fue miembro entre 1997 y 2005.

⁴⁰⁶ Resolución (96) 35 de 2 de octubre de 1996, con efectos desde el 1 de enero de 1997.

Parcial. De alguna manera, el Comité ha sido el motor principal de las actividades y las propuestas sometidas al Comité de Ministros e incluso a la Asamblea Parlamentaria en esta esfera⁴⁰⁷.

Actualmente, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad constituye uno de los órganos más avanzados de cuantos trabajan en materia de discapacidad. Su colaboración con diversas organizaciones internacionales y no gubernamentales, así como con expertos independientes, hacen del Comité una referencia internacional en la materia. El ámbito material en el que actúa es de lo más extenso y heterogéneo. Abarca materias como las nuevas tecnologías, la accesibilidad, la situación de los niños o las mujeres con discapacidad, el empleo, la educación o la discriminación por razón de discapacidad. Esta heterogeneidad, sin embargo, también ha conducido a que, en ocasiones, los trabajos del Consejo de Europa en lo relativo a la discapacidad hayan carecido de una estrategia de actuación clara y una línea de trabajo estable.

Durante los primeros años de funcionamiento del Acuerdo Parcial la actividad normativa fue intensa, sobre todo si se compara con la realizada por otras organizaciones internacionales. Desde 1960 hasta principios de la década de los ochenta se adoptaron numerosas resoluciones relacionadas con la discapacidad⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ J. Cardona Llorens, “La protección...”, *op. cit.*, p. 341.

⁴⁰⁸ Concretamente, las resoluciones AP (81) 8 “Information systems on impaired, disabled and handicapped people”, AP (81) 7 “Possibilities of leisure and sports activities, and holidays for disabled persons”, AP (77) 8 “Adaptation of housing and surrounding areas to the needs of disabled persons”, AP (77) 7 “Enclaves for disabled people”, AP (76) 4 “Possibilities of leisure activities and holidays for the disabled”, AP (76) 3 “Identification of disabled persons”, AP (76) 2 “Services for those disabled people who need special conditions of employment”, AP (74) 8 “Ways of facilitating access to and use of means of public transport by disabled people”, AP (73) 1 “Place of retraining for exertion and of pre-vocational retraining in the rehabilitation cycle”, AP (72) 5 “Planning and equipment of buildings with a view to making them more accessible to the physically handicapped”, AP (72) 4 “Specialised transport for legless persons and paraplegics as well as for other disabled persons who may be assimilated thereto on account of the nature and seriousness of their disability”, AP (72) 3 “Rehabilitation of children suffering from dysmelic syndromes”, AP (72) 2 “Use of an international symbol indicating special facilities for the disabled”, AP (71) 2: “Rehabilitation of persons suffering from chronic evolutive polyarthritis”, AP (70) 2 “Rehabilitation of those suffering from heart disease, either congenital or due to acute rheumatic fever (Bouillaud's disease)”, AP (69) 4 “The training of personnel concerned with rehabilitation”, AP (67) 2 “Manufacture and supply of

La mayor parte de estas resoluciones se refirieron a aspectos vinculados a la rehabilitación de estas personas. Siguiendo el enfoque médico característico de la época, durante la década de los sesenta el Comité de Ministros se preocupó por establecer recomendaciones sobre cómo los Estados debían atender a las personas con discapacidad con el fin de reducir los efectos negativos de sus limitaciones físicas. Para ello fueron adoptadas resoluciones específicas para determinados tipos de enfermedades y discapacidades. Así, encontramos resoluciones orientadas a la rehabilitación de personas sordas, con defectos del habla, ancianos con discapacidad, personas con enfermedades cardíacas, poliartritis, espondilitis anquilosante, dismelia, etc. En el mismo sentido se aprobaron resoluciones sobre la fabricación y distribución de prótesis o sobre la creación de puestos de trabajo protegidos.

Sólo a partir de la década de los setenta, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad comenzó a interesarse por otras cuestiones más novedosas, relacionadas con el entorno, y la inclusión en el mismo, de las personas con discapacidad⁴⁰⁹. Se adoptaron resoluciones sobre la accesibilidad en el transporte público o los edificios. Esto es un reflejo de la gestación del cambio de modelo que estaba teniendo lugar a nivel internacional. Incluso encontramos resoluciones referidas a la inclusión social de estas personas a través del ocio y las vacaciones⁴¹⁰.

prostheses”, AP (67) 1 “Rehabilitation of old people receiving care at home and in homes for the aged”, AP (66) 5: Rehabilitation of persons suffering from speech defects”, AP (66) 4 “Rehabilitation of deaf and partially deaf persons”, AP (66) 3 “Rehabilitation of persons suffering from ankylosing spondylitis”, AP (66) 1 “The abolition of customs duties levied on prostheses for disabled persons”, AP (65) 1 “Sheltered employment”, AP (63) 2 “Health education with regard to the rehabilitation of physically and mentally handicapped persons”, AP (63) 1 “Rehabilitation of old people” y AP (60) 2 “Rehabilitation of the disabled during employment”.

⁴⁰⁹ En aquellos momentos, la denominación del Comité, conforme a la resolución (59) 23 que creó el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública, era *Committee on the Rehabilitation and Resettlement of the Disabled*.

⁴¹⁰ Sobre este aspecto particular, véase S. Gorbeña (y otros), *op. cit.*, pp. 87 y ss.

Sin embargo, la producción normativa en materia de discapacidad del Consejo de Europa estaba resultando caótica. El Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad había ido rediseñando paulatinamente su estrategia sobre discapacidad, y el resultado era un conjunto de textos inconexo y anticuado. Algunas de las resoluciones se habían ido actualizando, mientras que otras permanecían desfasadas. Esto provocaba que incluso en determinados ámbitos existiesen incoherencias o contradicciones. Por ese motivo, los Estados miembros del Acuerdo Parcial, a través del propio Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, se propusieron la elaboración de un texto que, con una perspectiva acorde a las últimas tendencias internacionales del momento, aglutinase los principios recogidos en las resoluciones aprobadas hasta la fecha. El 17 de septiembre de 1984, el Comité de Ministros en su composición restringida adoptó la *Resolución AP (84) 3 sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad*. Esta resolución reemplazó todas las anteriores en materia de discapacidad⁴¹¹.

La Resolución AP (84) 3 fue adoptada con la finalidad de servir de modelo para las políticas de los Estados miembros en materia de discapacidad. Los avances logrados en los años anteriores habían puesto de manifiesto la necesidad de elaborar un programa global que dotase de coherencia las actuaciones del Consejo de Europa. El origen de esta iniciativa tuvo su causa en el enorme impacto que el Año Internacional de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, celebrado en 1981, había causado en el panorama internacional. El Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, consciente de las nuevas directrices en la materia, se propuso actualizar sus trabajos anteriores y adaptar su nueva estrategia a los objetivos del Año Internacional. Así, el Comité se sirvió de la experiencia adquirida en las décadas anteriores para sintetizar las

⁴¹¹ Como el propio texto de la Resolución AP (84) 3 indica, no sólo fueron reemplazadas aquellas resoluciones y recomendaciones adoptadas en el seno del Consejo de Europa, sino también las adoptadas bajo los auspicios de la Unión Europea Occidental y la Organización del Tratado de Bruselas.

resoluciones adoptadas en el marco del Acuerdo Parcial y modernizar los principios que regirían la nueva política. Los trabajos se prolongaron durante dos años hasta que, en 1984, el Comité de Ministros decidió que el texto resultante revistiese la forma de una Resolución.

La Resolución AP (84) 3 es un texto amplio y de una calidad notable para el momento de su adopción. Está dividido en diez capítulos, y en él se aprecian dos partes diferenciadas. La parte primera (capítulo I) contiene los principios y directrices de la política general sobre discapacidad, mientras que en la segunda (capítulos II a X) se desarrollan las líneas básicas que deberán regir las actuaciones en las diferentes áreas concretas.

Los principios generales sobre los que se asienta la Resolución son la *erradicación* de las deficiencias, discapacidades y minusvalías, la puesta en marcha de una política de rehabilitación comprensiva y coordinada, y la plena participación de las personas con discapacidad en su rehabilitación y la comunidad. En este sentido, la rehabilitación ocupa el núcleo central de la política propuesta por el Consejo de Europa en la materia. Sin embargo, a pesar de las reminiscencias del modelo médico que se aprecian en el texto, el concepto de rehabilitación que contiene la Resolución está notablemente influenciado por el paradigma social de la discapacidad. Así, la rehabilitación es entendida como un concepto amplio cuyos principios subyacentes son, entre otros, el derecho de las personas con discapacidad a la integración social o la obligación de eliminar aquellas barreras físicas o psicológicas que impiden su participación plena.

Esta visión vanguardista se reafirma cuando en el texto se define la discapacidad, así como la deficiencia y la minusvalía, utilizando los conceptos ya vistos de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM) de 1980.

La segunda parte de la Resolución desarrolla aquellos ámbitos en los que la rehabilitación y la plena participación de las personas con discapacidad adquieren

una especial trascendencia. Las áreas concretas que se incluyen son la prevención y la identificación de discapacidades (capítulo II), el tratamiento médico (capítulo III), la orientación profesional (capítulo IV), la escolarización (capítulo V), la readaptación y rehabilitación profesionales (capítulo VI), el empleo (capítulo VII), la integración y la *rehabilitación social* (capítulo VIII), la formación de profesionales (capítulo IX) y la educación sanitaria e información (capítulo X). En todos estos apartados subyace la idea de la rehabilitación como un proceso, tanto de la persona como de la sociedad, dirigido a lograr la integración efectiva de aquella. Además, cada capítulo está dividido en apartados y subapartados en los que se desglosan los conceptos, los propósitos o las medidas generales y específicas que los Estados deberán adoptar en cada ámbito determinado.

No obstante, el texto contaba con dos importantes limitaciones. En primer lugar, en tanto fue adoptado en el marco del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública de 1959, se dirigía exclusivamente a aquellos Estados parte del mismo, y no a la totalidad de Estados miembro del Consejo de Europa. En segundo lugar, al revestir el texto la forma de resolución del Comité de Ministros, su valor era meramente recomendatorio, careciendo de fuerza vinculante. Tampoco se incluyó ningún mecanismo específico que controlase o supervisase su cumplimiento.

Si bien es cierto que la Resolución AP (84) 3 había supuesto un salto cualitativo en la política sobre discapacidad del Consejo de Europa, en ella apenas comenzaba a intuirse el cambio hacia el modelo social y el reconocimiento de derechos, y todavía se apreciaban en ella demasiadas medidas de corte asistencial. Pronto se hizo visible la necesidad de actualizar su contenido y adaptarlo a los nuevos desarrollos que a nivel internacional se sucedían en la materia. De esta manera, tras una profunda revisión, la Resolución AP (84) 3 fue sustituida en 1992 por la *Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad*.

2.1.2.2 LA RECOMENDACIÓN R (92) 6 RELATIVA A UNA POLÍTICA COHERENTE PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Coincidiendo con los últimos años del Decenio de Naciones Unidas para los *Impedidos*, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad comenzó a trabajar en la revisión de la Resolución AP (84) 3 sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad. En 1991, el nuevo texto fue presentado ante la primera Conferencia de Ministros responsables de políticas relativas a las personas con discapacidad, que se celebró en París los días 7 y 8 de noviembre de aquél año. Los Ministros presentes en la misma acogieron de muy buen grado el proyecto del Comité y en la Declaración Final de la Conferencia solicitaron al Comité de Ministros que lo adoptase a través de una recomendación.

El 9 de abril de 1992 fue adoptada la Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad⁴¹², que sustituye a la Resolución AP (84) 3, actualizando su contenido y adaptando la nueva estrategia a los progresos logrados durante los últimos años.

La Recomendación R (92) 6 mantiene muchas de las características de la Resolución que sustituye. También es un texto extenso, dotado de gran coherencia y con un nivel de desarrollo técnico muy avanzado. De hecho, es anterior a las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, con las que guarda un gran paralelismo. La Recomendación fue adoptada con la finalidad de ser la nueva referencia europea en materia de discapacidad⁴¹³. Por ese motivo el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad centró todos sus esfuerzos en

⁴¹² Recomendación R (92) 6 del Comité de Ministros, de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad.

⁴¹³ Incluso ha sido definida como *loi-cadre* o *chartre*. Véase G. Podestà Le Poittevin, "Le Conseil de l'Europe et l'intégration des personnes handicapées. Initiatives et expériences", en S. Muñoz Machado (y otros), *La Integración Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1993, p. 237.

reorientar la política sobre discapacidad hacia las nuevas tendencias internacionales que, como consecuencia del Decenio de Naciones Unidas para los *Impedidos*, emergieron en aquellos años. La experiencia que el Comité había adquirido con la Resolución AP (84) 3, así como la estrecha relación que mantuvo en sus trabajos con diversos organismos internacionales, contribuyeron a colmar las expectativas depositadas en la revisión.

La Recomendación R (92) 6 tiene un valor añadido respecto a su anterior versión. Mientras que la Resolución AP (84) 3 fue adoptada en el marco del Acuerdo Parcial e iba dirigida exclusivamente a los Estados parte del mismo, el Comité de Ministros adoptó el nuevo texto a través de una Recomendación, cuyos destinatarios son todos los Estados miembros del Consejo de Europa.

El pilar central sobre el que se asienta la nueva política detallada en la Recomendación sigue siendo la rehabilitación de las personas con discapacidad. Sin embargo, ésta goza de un significado cada vez más amplio, en la que la rehabilitación médica es solo una parte de un proceso dirigido a lograr la integración económica y social de las personas con discapacidad. Ya en los considerandos se aprecia un acercamiento hacia el modelo de derechos humanos, cuando se advierte que al descuidar la protección de los derechos de estas personas o la mejora de sus oportunidades se viola su dignidad humana. No obstante, no existe en el texto referencia alguna a la relación entre discapacidad y derechos humanos, y aquella continúa siendo observada desde un prisma más cercano a la política social que al reconocimiento de derechos. Como señalan Hendriks y Degener, pese a esta primera aproximación, la preocupación del Consejo de Europa por la discapacidad todavía no había alcanzado su consideración como materia de derechos humanos⁴¹⁴.

⁴¹⁴ “The Council mainly confined itself to articulating the responsibilities of States with respect to the prevention of disabilities and the rehabilitation of disabled people. As yet, there does not seem to be a firm believe within the Council of Europe that a complimentary human rights dimension needs to be developed”. A.

La estructura formal de la Recomendación sigue el modelo que introdujo la Resolución AP (84) 3, en el que se diferenciaban dos partes. Mientras que en el capítulo I se introducen las líneas globales de la política general sobre discapacidad, en los capítulos II al XII se desarrolla la política concreta que deberá orientar las actuaciones en los diversos campos de actuación previstos en el texto.

De acuerdo con el primer apartado del capítulo I, los principios que deben inspirar la política global y coherente en materia de discapacidad son:

- “- preventing or eliminating disablement, preventing its deterioration and alleviating its consequences;
- guaranteeing full and active participation in community life;
- helping them to lead independent lives, according to their own wishes”.

Se indica además que este proceso dirigido a lograr la igualdad de oportunidades requiere de la adaptación, no sólo de las personas con discapacidad, sino también de la sociedad. Sin duda, cuando el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad preparó las líneas directrices de la nueva política, era perfectamente consciente de la evolución hacia el modelo social que estaba experimentando la discapacidad. Por esa razón la sociedad y el entorno de las personas que tienen una discapacidad desempeñan un papel cada vez más importante en la autonomía e integración de éstas. Incluso en las directrices generales del apartado cuarto se advierte que la integración de las personas con discapacidad no es una tarea exclusiva de los Estados, sino de la sociedad en su conjunto.

Los objetivos de la política sobre discapacidad aparecen enumerados en el apartado segundo. Concretamente, las medidas que se adopten en el marco de la Recomendación deberán ir dirigidas a:

- “- be as free as possible from avoidable impairments and disabilities;

- be as free as possible from needing permanent medical treatment and care, while having access to such care whenever necessary;
- retain as much personal responsibility as possible in the planning and implementation of rehabilitation and integration processes;
- exercise their rights to full citizenship and have access to all institutions and services of the community including education;
- be as free as possible from institutional settings and constraints, or where these are unavoidable, to have as much personal choice as possible within the said institution;
- have as much economic independence as possible, particularly by having an occupation as highly qualified as possible and a commensurate personal income;
- have a minimum livelihood, if appropriate by means of social benefits;
- have as much mobility as possible, and access to buildings and means of transport;
- be provided with the necessary personal care, in a location of their choice;
- have as much personal self-determination and independence as possible, including independence from their own families, if they so desire;
- to play a full role in society and take part in economic, social, leisure, recreational and cultural activities”.

Pese a que entre los objetivos aparecen algunos directamente relacionados con las circunstancias médicas de la persona, también hay otros, como el relativo al ejercicio de los derechos ciudadanos o a la plena participación en las actividades sociales, que reflejan esta evolución en la política sobre discapacidad del Consejo de Europa.

Aparte de incluir las directrices generales de la política general (apartado 4), en las que se resumen las principales medidas que los Estados deberán adoptar para desplegar esta política, y las definiciones (apartado 5), que nuevamente reproducen los conceptos de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS, el capítulo I enumera las áreas de intervención sobre las que se extiende la Recomendación. Cada una de estas áreas es objeto de desarrollo en los restantes once capítulos que conforman el texto. La política sobre discapacidad está especialmente orientada hacia la prevención y la educación para la salud (capítulo II), la detección y el diagnóstico (capítulo III), el tratamiento y las ayudas terapéuticas (capítulo IV), la educación (capítulo V), la orientación y formación profesionales (capítulo VI), el empleo (capítulo VII), la integración social y el entorno cotidiano (capítulo VIII), la protección social,

económica y jurídica (capítulo IX), la formación del personal implicado en el proceso de rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad (capítulo X), la información (capítulo XI) y las estadísticas e investigación (capítulo XII).

Mientras que algunos de estos capítulos siguen centrándose en la dimensión *médica* de la discapacidad (capítulos II, III, IV y parcialmente el X), en otros se aprecia la ya mencionada aproximación hacia el modelo social. Sin ánimo de analizar exhaustivamente cada capítulo, pues requeriría de un desarrollo considerablemente extenso que excedería el objeto de este trabajo, parece oportuno destacar algunos aspectos de los mismos.

Los primeros capítulos se refieren a la prevención, la detección y el tratamiento de la discapacidad. Una de las previsiones más interesantes es la de la “educación para la salud”, consistente en un conjunto de actividades informativas y educativas, principalmente dirigidas a jóvenes y niños, con la finalidad de instruir sobre aquellos factores y circunstancias relacionados con la discapacidad. Con ello se pretende prevenir la aparición de nuevos casos de discapacidad o limitar los efectos negativos de los ya existentes. Además, la educación desde edades tempranas puede contribuir eficazmente a concienciar a la sociedad sobre el valor de la diferencia y la importancia de integrar a quienes tienen una discapacidad.

Tanto la educación como el empleo son factores indispensables para que las personas con discapacidad puedan lograr su inserción social y su desarrollo personal. Por ese motivo, ocupan un lugar central en la política del Consejo de Europa. En la Recomendación se prevé como norma general tanto el empleo como la educación en el medio ordinario. De este modo, en los capítulos V a VII se abandona la tendencia derivada del modelo asistencial que apostaba por la institucionalización en centros especiales que, con el fin de procurar una formación o un puesto de trabajo a las personas con discapacidad, terminaba perpetuando el proceso de exclusión. En el texto se establece que, dado su carácter excepcional,

sólo se recurrirá a la educación en centros especiales o al empleo protegido de manera provisional o para determinados casos en los que no sea posible otra opción.

Los capítulos VIII y IX son los que deparan los aspectos más interesantes de la Recomendación. El primero de ellos, dedicado a la integración social y el entorno, reconoce un derecho que hasta el momento había pasado desapercibido en la normativa internacional en la materia: el derecho a ser diferente. Con ello, la idea que subyace es que, una vez abandonado el modelo médico y la *normalización* de la persona, debe ser la sociedad y su entorno los que se adapten a la personas con discapacidad. De esta manera, estas podrán integrarse y participar plenamente con independencia de las diferencias que supone tener una discapacidad⁴¹⁵. Para ello será imprescindible garantizar la accesibilidad de estas personas en los transportes, los edificios, las comunicaciones o, entre otras, las actividades culturales. Además, en el capítulo IX, relativo a la protección social, económica y jurídica, se pide a los Estados que garanticen el derecho a una seguridad económica y social y a un nivel de vida digno. También deberán salvaguardar el ejercicio de sus derechos básicos, entre los que se encuentra el derecho a la no discriminación.

Los últimos capítulos de la Recomendación son los relativos a la información, las estadísticas y la investigación. Dado el desconocimiento que muchas veces existe en torno a la dimensión de la discapacidad, un sistema de información, no sólo para las personas con discapacidad, sino también para las instituciones, los poderes públicos y la sociedad en general, ayudaría a modificar actitudes no respetuosas con la dignidad de aquellas. Además, la puesta en marcha de un sistema de información estadística constituye un elemento de gran ayuda a la hora de valorar los resultados y efectos de la política sobre discapacidad propuesta.

Aunque como tal, la Recomendación carece de fuerza jurídicamente vinculante, su aplicación ha sido periódicamente sometida a examen. En el texto, el

⁴¹⁵ En la misma línea se pronuncia Cardona Llorens. J. Cardona Llorens, “La protección...”, *op. cit.*, p. 342.

Comité de Ministros solicitaba a los Estados que informasen regularmente sobre sus actuaciones relativas a la rehabilitación de las personas con discapacidad. Como consecuencia de ello, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad ha publicado diversos informes sobre los progresos y las carencias de las legislaciones nacionales en la materia⁴¹⁶.

En definitiva, la Recomendación R (92) 6 contiene una completísima política europea sobre discapacidad que, si bien no incorpora plenamente el modelo de derechos humanos, sí posee una visión moderna, orientada hacia la concepción social de la discapacidad. Ésta se basa en las nociones de inclusión, participación e igualdad de oportunidades, e incorpora una tendencia hacia un sistema menos institucionalizado y más abierto. Las personas con discapacidad no son contempladas como meros objetos o agentes pasivos, sino como sujetos, como seres humanos cuya dignidad debe ser preservada. Como parte integrante de la sociedad, se prevé su participación en la toma de decisiones y el desarrollo de las medidas propuestas. La Recomendación fue un instrumento de referencia que ha inspirado las políticas de los Estados europeos durante más una década. De hecho, hasta tiempos recientes, la Recomendación R (92) 6 ha sido el instrumento más relevante en la materia de cuantos ha adoptado el Consejo de Europa.

2.1.2.3 LA RECOMENDACIÓN R (2006) 5 SOBRE EL PLAN DE ACCIÓN PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (2006-2015)

En 2003 se celebró en Málaga la Segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad. Durante la misma se debatió sobre la necesidad de revisar la Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad y progresar hacia un modelo de la discapacidad más moderno, con la finalidad de continuar

⁴¹⁶ Entre estos informes, todos accesibles en el sitio web del Consejo de Europa, destaca sobremanera el informe *“Rehabilitation and integration of people with disabilities: policy and legislation”*. Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, *Rehabilitation and integration of people with disabilities: policy and legislation*, Estrasburgo: COE Publishing, 2003, 7ª ed.

con los avances logrados. Como resultado de la Conferencia fue adoptada una Declaración que, bajo el título “Avanzar hacia la plena participación como ciudadanos”, señalaba como objetivo para la próxima década la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad y de sus familias, que acentuase su integración y su plena participación en la sociedad. De esta manera, los Ministros responsables de las políticas relativas a la discapacidad recomendaron en el punto 49 de la Declaración:

“la elaboración, en función de las consideraciones que han aparecido a raíz de esta Conferencia Ministerial, de un Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad: este plan constituiría un nuevo marco político europeo para el próximo decenio, fundado en los derechos humanos y una colaboración entre los diferentes actores, estableciendo objetivos estratégicos y prioridades con el fin de que las personas con discapacidad gocen de una ciudadanía plena y participen activamente en la vida de la comunidad gracias a políticas realizables, financieramente abordables y durables”.

Se optó por articular la nueva estrategia del Consejo de Europa en materia de discapacidad a través de un Plan de Acción con el propósito de lograr un marco más flexible que, además de favorecer mayores impulsos, permitiese a los Estados adaptarse según sus condiciones particulares. La elaboración del Plan fue asignada al Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, que creó a tal efecto un grupo de trabajo y un comité de redacción. Tras meses de trabajo en los que se realizaron consultas a diversos órganos del Consejo de Europa, organizaciones internacionales y organizaciones representativas de las personas con discapacidad, en especial el Foro Europeo de las Personas con Discapacidad, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad presentó sus trabajos al Comité de Ministros. Finalmente, el 5 de abril de 2006, el propio Comité de Ministros adoptó el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) en su Recomendación R (2006) 5⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Recomendación R (2006) 5 del Comité de Ministros, de 5 de abril de 2006, sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015). A diferencia de otros textos, el Consejo de Europa sí ha publicado una versión en español del Plan de Acción para las personas con

Como ocurrió con la Recomendación R (92) 6, el Comité de Ministros adoptó el texto fuera del marco del Acuerdo Parcial, a través de una Recomendación dirigida, de nuevo, a todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Esta tendencia a incluir a todos los Estados en las cuestiones relativas a la discapacidad tiene su base en el Plan de Acción adoptado en la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, en el que se reafirmó la voluntad de consolidar los trabajos de la Organización en la materia⁴¹⁸.

El Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) es un instrumento amplio y moderno, que se sitúa en la vanguardia de las iniciativas internacionales en la materia. Destaca del mismo la coherencia que guarda con las principales normas internacionales relativas a la discapacidad, en especial con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad. A diferencia de los textos anteriores adoptados en el seno del Consejo de Europa, el Plan de acción sí adopta expresamente el modelo de derechos humanos para regular la discapacidad, eliminando cualquier vestigio del ya obsoleto enfoque médico.

De acuerdo con el punto 2.1, el Plan de Acción tiene como finalidad “incluir para la próxima década, los fines del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, no discriminación, igualdad de oportunidades, plena ciudadanía y participación de pleno derecho de las personas con discapacidad en un marco europeo relativo a la discapacidad”. Como sus textos predecesores, con el Plan de Acción se pretende establecer un programa coherente que inspire u oriente las políticas nacionales en materia de discapacidad, que debe servir “de hoja de ruta a

discapacidad (2006-2015). No obstante, la versión traducida presenta algunas deficiencias y diversos conceptos han sido traducidos utilizando fórmulas diferentes a las que habitualmente se usan en el ámbito internacional.

⁴¹⁸ Punto III.1: “[...] *We will consolidate the Council of Europe’s work on disability issues and support the adoption and implementation of a ten-year action plan designed to make decisive progress in ensuring equal rights for people with disabilities*”. Plan de Acción de la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (CM(2005)80 final), adoptado en Varsovia el 17 de mayo de 2005.

las personas que toman las decisiones para permitirles concebir, ajustar, reorientar y aplicar planes y programas apropiados y estrategias innovadoras”.

En lo que respecta a su estructura formal, el extenso contenido del Plan de Acción se estructura en 5 partes: Resumen (punto 1), Introducción (punto 2), Líneas de acción claves (punto 3), Aspectos transversales (punto 4) y Aplicación y seguimiento (punto 5).

En la Introducción, tras especificar el objeto concreto del Plan de Acción, se realiza una importante declaración al anunciar el abandono de la visión de la personas con discapacidad como paciente necesitado de asistencia y sin capacidad de aportar a la sociedad, para ser consideradas personas activas e integrantes de la sociedad, que precisan de la eliminación de los obstáculos que limitan su participación. En el punto 2.2 se reconoce explícitamente la apuesta por el modelo social y de derechos humanos de la discapacidad:

“[...] Debemos, por tanto, seguir trabajando a favor de un cambio paradigmático encaminado a sustituir la visión médica de la discapacidad por un enfoque social basado en los derechos del hombre.

Hemos cambiado de óptica para colocar a la persona en el centro de un enfoque integrado coherente, respetuoso con los derechos del hombre, con las libertades fundamentales y con la dignidad de todas las personas con discapacidad [...]”

Este nuevo modelo que adopta el Consejo de Europa se traduce en la consideración de la persona con discapacidad como persona y como ciudadano, y el tratamiento de la discapacidad, más allá de las políticas sociales de los Estados, dentro del marco general de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación. Resulta evidente que tras la Recomendación R (92) 6, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad ha seguido muy de cerca los trabajos que en la materia se han venido realizando tanto en Naciones Unidas como en la Unión Europea. De hecho la participación del Consejo de Europa en los trabajos preparatorios de la Convención de Naciones Unidas ha derivado en un enriquecimiento mutuo e influenciado notablemente los últimos trabajos del Comité, especialmente el nuevo Plan de Acción.

Dentro de este marco de derechos humanos, el objetivo estratégico del Plan de Acción consiste en lograr la inclusión y plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad, integrando la cuestión de la discapacidad en todos los ámbitos de acción. Para ello, el Plan ha sido diseñado de manera que pueda ser útil, no sólo a aquellos Estados que no cuenten con políticas específicas sobre discapacidad, sino también a aquellos que deseen mejorar y desarrollar sus políticas vigentes. Incluso pretende servir de fuente de inspiración para empresas privadas, organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones internacionales. En cualquier caso, en el Plan se reafirma la importancia de la participación de las personas con discapacidad y sus representantes en la toma de decisiones que les afecten.

Los principios fundamentales que rigen el Plan de Acción se especifican en el punto 2.7:

- “- no discriminación;
- igualdad de oportunidades;
- plena participación en la sociedad de todas las personas con discapacidad;
- respeto a la diferencia y reconocimiento de la discapacidad como componente de la diversidad humana;
- dignidad y autonomía del individuo, incluida la libertad de hacer sus propias elecciones;
- igualdad entre hombres y mujeres;
- participación de las personas con discapacidad en todas las decisiones sobre su vida, tanto a nivel individual como a nivel de la sociedad en su conjunto, a través de sus organizaciones representativas”.

Estos principios se corresponden de forma casi literal con los principios enumerados en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad⁴¹⁹. Con ello se demuestra la voluntad del

⁴¹⁹ Véase lo ya expuesto en las pp. 113 y ss. de esta tesis. Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Los principios de la presente Convención serán: 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 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

Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, no sólo de estar a la vanguardia en la regulación internacional de la discapacidad, sino de realizar una actuación coherente y coordinada con los principales instrumentos internacionales en la materia. Aún cuando la Convención no había sido firmada al adoptarse el Plan de Acción, el hecho de establecer una estrategia de diez años obligaba a diseñar una actuación complementaria con aquella. En efecto, en el punto 1.2.1 del Plan se afirma tener “debidamente en cuenta instrumentos, tratados y programas europeos e internacionales pertinentes, y especialmente trabajos en curso en relación con el borrador de convención internacional de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad”. También hay en el texto referencias explícitas a otros instrumentos, como las Normas Uniformes o las actividades recientes de la Unión Europea.

A diferencia de otros textos anteriores del Consejo de Europa, no existe en el Plan de Acción un concepto de discapacidad. El Comité consideró que esta cuestión debía corresponder a las políticas nacionales de los Estados miembros. De hecho, ya se han visto los problemas que plantea conceptuar la discapacidad en los textos jurídicos. No obstante, el Plan de Acción reconoce la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) de la OMS como marco conceptual e invita a los Estados miembros a adoptarla.

El marco concreto de actuación se estructura mediante un conjunto de líneas de acción que abarcan la práctica totalidad de ámbitos que afectan a la integración y participación social de las personas con discapacidad. Cada una de estas líneas contiene unos objetivos y unas acciones o medidas específicas para llevarlos a cabo. Las quince líneas de acción desarrolladas en el Plan son: participación en la vida política y pública; participación en la vida cultural; información y comunicación; educación; empleo, y orientación y formación profesionales; entorno construido;

transportes; vida en la sociedad; asistencia sanitaria; readaptación; protección social; protección jurídica; protección contra la violencia y los abusos; investigación y desarrollo; y sensibilización.

Como se especifica en el texto, estas líneas de acción se apoyan tanto en la Recomendación R (92) 6 como en la Declaración ministerial de Málaga de 2003, así como en los últimos desarrollos que se han producido en la materia. La evolución hacia el modelo de derechos humanos se aprecia en el abandono de la perspectiva médica en el conjunto de líneas de acción. Respecto a las políticas anteriores, la prevención ha desaparecido como ámbito de actuación, y la rehabilitación (o readaptación en la versión en castellano) ha pasado a ser una línea de acción más, y no el núcleo central de la estrategia sobre discapacidad.

Sin entrar en un análisis pormenorizado del contenido concreto de estas líneas de acción, pues éste se analiza en la Parte II de esta tesis, sí parece conveniente destacar algunos aspectos de las mismas. En primer lugar, pese a los paralelismos que existen entre las líneas de acción y los derechos recogidos en la Convención de Naciones Unidas de 2006, encontramos dos grandes diferencias. En primer lugar, las áreas incluidas en el Plan de Acción no siguen el enfoque holístico de la Convención, y se limitan al ámbito de los derechos sociales y culturales. En cierta medida, este hecho es coherente con el propósito del Plan, que no busca regular todos aquellos aspectos relacionados con la discapacidad, sino aquellos que afecten de forma directa a la integración y participación sociales. En segundo lugar, aún cuando en el Plan de Acción también se reconocen algunos derechos subjetivos de las personas con discapacidad, sus disposiciones están más encaminadas a orientar las directrices de las políticas nacionales que a establecer un catálogo de derechos.

Conforme al principio de igualdad de oportunidades y participación plena, en las líneas del Plan se apuesta nuevamente por la educación y el empleo en el medio ordinario y se abandona definitivamente la tendencia dirigida a la institucionalización de las personas con discapacidad. Como mecanismo para su

inclusión, se incide en la necesidad de crear un entorno accesible, y promover su participación en todas aquellas facetas que les sean relevantes, como la política o la cultura. Además se incluye la sensibilización como nueva línea de acción. Ya se ha analizado la barrera que suponen las actitudes negativas de la sociedad, así como su efecto *discapacitador*, por lo que este debe ser uno de los aspectos en los que los Estados, así como la propia sociedad, dediquen sus esfuerzos más inmediatos.

Otra de las novedades incluidas en el Plan es la inclusión de un apartado relativo a determinados *aspectos transversales*. Bajo esta denominación se hace referencia a aquellos grupos de personas que se enfrentan a obstáculos especiales o pueden ser objeto de una doble discriminación. Concretamente, el texto se refiere a las mujeres con discapacidad, los niños y los jóvenes con discapacidad, las personas con discapacidad de edad avanzada, aquellas personas con necesidades elevadas de asistencia y aquellas personas que pertenecen a grupos minoritarios, inmigrantes o refugiados. Debido a que estas personas tienen un riesgo de exclusión más grande, y normalmente participan menos en la sociedad que las demás personas con discapacidad, en el Plan se recomienda a los Estados que tengan en consideración sus situaciones y necesidades especiales en sus políticas y estrategias de integración. Para ello debiera realizarse una acción transversal, esto es, entremezclando o haciendo coincidir diversas áreas y líneas de acción.

El último apartado del Plan se refiere a su aplicación y seguimiento. En el mismo se advierte a los Estados que son ellos los máximos responsables de las políticas sobre discapacidad así como de desarrollar las líneas concretas previstas en el texto. Se prevé que la aplicación de las medidas se realice de forma progresiva, según las circunstancias particulares de cada país. Para ello, los Estados debieran comenzar evaluando sus legislaciones y programas nacionales con las recomendaciones incluidas en el Plan. Además, se aconseja que la puesta en marcha de nuevas políticas sobre discapacidad se haga siguiendo un “enfoque integrado”. En el punto 5.1.3 se especifica que este enfoque “supone no separar los servicios destinados a las personas con discapacidad de los destinados a los demás

ciudadanos. El objetivo es abandonar las políticas que favorecen la segregación en beneficio de una integración en el grupo mayoritario, siempre que esto sea posible”. Ello no impide, no obstante, la existencia de políticas específicas para las personas con discapacidad, cuando fuese aconsejable.

Para garantizar un mayor cumplimiento de las previsiones incluidas en el texto, se prevé la creación de una sala por parte del Comité de Ministros. Esta sala deberá analizar los informes que los Estados miembros del Consejo de Europa facilitarán periódicamente, e informará al respecto al Comité. Con este sistema se pretende repetir los éxitos logrados con la Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad. Pese a que no existe una obligación jurídica, y que el mecanismo previsto carecía de excesivas formalidades, los Estados han venido cooperando de manera regular en la preparación de informes y estudios sobre la situación de sus políticas nacionales en la materia.

En definitiva, la Recomendación R (2006) 5 por la que se adopta el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) es el fruto de la experiencia adquirida en el Consejo de Europa durante las últimas décadas en materia de discapacidad. Sobre la base de la Recomendación R (92) 6, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad se ha servido de los instrumentos internacionales más avanzados en la materia para elaborar una nueva política más vanguardista y coherente. El Plan de Acción adopta de forma expresa un nuevo enfoque basado en el modelo social de la discapacidad y en los derechos humanos. Sin embargo, este instrumento, que carece de fuerza jurídica vinculante, no se refiere a todo el catálogo de derechos humanos, y se ciñe casi exclusivamente a los derechos sociales y culturales. A diferencia de la Unión Europea, cuyas actuaciones se han limitado a las competencias atribuidas en cada momento histórico, el Consejo de Europa podría haber ido mucho más allá en su regulación. No obstante, esto se podría explicar en la voluntad de elaborar un

instrumento complementario a la Convención de Naciones Unidas de 2006⁴²⁰. En ese sentido, el Plan de Acción, cuyos principios inspiradores son casi idénticos a los de la Convención, no se solapa con aquella, sino que la complementa y desarrolla en un ámbito muy específico: la inclusión y participación plenas de las personas con discapacidad.

2.1.2.4 OTRAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES

Desde que en 1984 el Comité de Ministros aprobó la Resolución AP (84) 3 sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad, que sustituyó todas las resoluciones anteriores en la materia, se han adoptado numerosos textos relativos a la discapacidad. La mayor parte de los mismos tiene un carácter marcadamente sectorial y, en ocasiones, se relacionan entre ellos de manera poco coordinada. Dentro de este conjunto de resoluciones y recomendaciones se encuentran las adoptadas por la Asamblea Parlamentaria y por el Comité de Ministros, tanto dentro como fuera del marco jurídico establecido por el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.

Sin ánimo de realizar un examen exhaustivo de estos textos, a continuación se exponen las resoluciones y recomendaciones cuyos destinatarios son, de forma específica, las personas con discapacidad, incidiendo especialmente en aquellas que han gozado de una mayor trascendencia.

a) Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se ha pronunciado sobre las cuestiones relativas a la discapacidad en contadas ocasiones. No obstante, lo ha hecho siempre que un acontecimiento internacional relevante lo ha requerido. Así, en 1981, durante el Año Internacional de las Personas con Discapacidad de

⁴²⁰ Véase al respecto T. Afflerbach y A. Garabagiu, “Council of Europe Actions to Promote Human Rights and Full Participation of People with Disabilities: Improving the Quality of Life of People with Disabilities in Europe”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 478 y ss.

Naciones Unidas, la Asamblea Parlamentaria adoptó la *Recomendación 925 (1981)* sobre la contribución del Consejo de Europa al mismo⁴²¹. En ella se invitó a los Estados miembros a incrementar su preocupación por los derechos de las personas con discapacidad, así como a potenciar la igualdad de oportunidades de estas personas. Además, la Asamblea Parlamentaria solicitó al Consejo de Ministros que invitase a los Estados que no formasen parte del Acuerdo Parcial a participar en él. También recomendó a este órgano la revisión de las resoluciones y recomendaciones existentes y la elaboración de un programa europeo relativo a la rehabilitación de las personas con discapacidad. Como se vio, tres años después de esta petición fue adoptada la Resolución AP (84) 3 sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad.

Con motivo de la finalización del Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad (1983-1992) la Asamblea Parlamentaria adoptó la *Recomendación 1185 (1992) relativa a las políticas de rehabilitación de las personas con discapacidad*⁴²². Nuevamente volvió a insistir en la necesidad de ampliar el trabajo realizado en la materia a la totalidad de los Estados miembros de la Organización, así como en la importancia de lograr una mayor concienciación sobre la situación de las personas con discapacidad, potenciando su participación e inclusión en todos los ámbitos sociales, desde un enfoque ya apartado del modelo médico. Además, la Asamblea recomendaba al Comité de Ministros que incitase a cada Estado a describir las medidas que estaban siendo adoptadas para cumplir con la Recomendación R (92) 6, que acababa de ser adoptada.

El último evento que motivó la intervención de la Asamblea en estas cuestiones fue la celebración del Año Europeo de las Personas con Discapacidad, que había sido proclamado por el Consejo de la Unión Europea para 2003. En su

⁴²¹ Recomendación 925 (1981) de la Asamblea Parlamentaria *on the Council of Europe's contribution to the International Year for Disabled Persons*, de 3 de octubre de 1981.

⁴²² Recomendación 1185 (1992) de la Asamblea Parlamentaria *on rehabilitation policies for the disabled*, de 7 de mayo de 1992.

Recomendación 1592 (2003), titulada “*Hacia la inclusión social plena de las personas con discapacidad*”, la Asamblea Parlamentaria proyectó las líneas maestras que debían inspirar las actuaciones del Comité de Ministros y los Estados miembros a raíz del Año Europeo⁴²³. Preocupada porque algunos de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta Social Europea todavía son inaccesibles para las personas con discapacidad, la Asamblea plantea como objetivo básico garantizar el ejercicio efectivo de todos los derechos humanos reconocidos en aquellos instrumentos. Reconoce además que el derecho a recibir ayuda o apoyo, pese a ser necesario para mejorar la calidad de vida de estas personas, no es suficiente. Incluso va más allá, y en una afirmación nada habitual en la regulación jurídica de la discapacidad, reconoce la necesidad que tienen estas personas, como cualquier ser humano, de recibir amor y afecto (y en consecuencia, la idoneidad de prestar apoyo a sus familias).

Aprovechando el impulso que suponía el Año Europeo, la Asamblea mostró su apoyo a la celebración de la Segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad, que se celebraría en Málaga meses después, así como a la elaboración de la Convención de Naciones Unidas sobre discapacidad, que en aquellos se encontraba en fase de preparación. También recordó la importancia que la Recomendación R (92) 6 seguía teniendo en la identificación de los obstáculos que limitan la inclusión social de las personas con discapacidad en Europa. No obstante, consciente de que aquel instrumento ya no gozaba del ímpetu suficiente, solicitó al Consejo de Ministros la elaboración de un programa de acción, que años más tarde se traduciría en el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) adoptado por la Recomendación R (2006) 5.

⁴²³ Recomendación 1592 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, *Towards full social inclusion of persons with disabilities*, de 29 de enero de 2003.

Una vez más, la Asamblea Parlamentaria pidió al Comité de Ministros que invitase a aquellos Estados que todavía no eran miembros del Acuerdo Parcial a que considerasen su ingreso en el mismo y participasen plenamente en sus actividades.

Por otro lado, la Asamblea realiza en la misma Recomendación dos propuestas sumamente interesantes. En primer lugar, solicita que se someta a consideración la posibilidad de incluir una referencia explícita a la discriminación por razón de discapacidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Carta Social Europea Revisada. Ya se ha visto que ni el artículo 14 del Convenio ni el artículo E de la Carta incluyeron mención expresa a las personas con discapacidad. En segundo lugar, encomendó la preparación de una convención relativa a la ocupación laboral de los trabajadores con discapacidad, que regulase aspectos como las cuotas de contratación, los puestos reservados, o las ventajas e incentivos a los empleadores. Sin embargo, pese a la conveniencia de estas propuestas, ninguna de las dos ha terminado llevándose a cabo.

En definitiva, pese a no conseguir todos los objetivos propuestos, la Recomendación 1592 (2003) ha sido uno de los textos más influyentes de cuantos se han adoptado en el seno del Consejo de Europa. La Asamblea, a través de un enfoque moderno y coherente, mostró la línea a seguir por la Organización en todas aquellas cuestiones relativas a la discapacidad, incluyendo un conjunto de medidas y propuestas dirigidos a lograr la inclusión efectiva de estas personas. No resulta exagerado afirmar que los últimos logros del Consejo de Europa en materia de discapacidad tienen su base en esta Recomendación.

Ese mismo año, la Asamblea Parlamentaria adoptó la *Recomendación 1598 (2003) relativa al lenguaje de signos*⁴²⁴. En ella se apostaba por el reconocimiento oficial como idioma del lenguaje de signos, dada la importancia que tiene para la

⁴²⁴ Recomendación 1598 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, *Protection of sign languages in the member states of the Council of Europe*, de 1 de abril de 2003.

integración y participación social de las personas sordas. Considerando el lenguaje de signos una expresión de la riqueza cultural europea, se solicitó al Comité de Ministros la elaboración de un instrumento que regulase los derechos de los usuarios de estas lenguas. Pero, a pesar de esta recomendación, no se han producido avances hasta el momento.

Otras recomendaciones adoptadas en 2003 incluyeron importantes referencias a las personas con discapacidad. Es el caso, por ejemplo, de *la Recomendación 1601 (2003) sobre los niños abandonados en instituciones*, en la que se presta una atención individualizada a los niños con discapacidad⁴²⁵.

b) Recomendaciones del Comité de Ministros

Por su parte, el Comité de Ministros ha mostrado un interés constante por la situación de las personas que tienen una discapacidad, regulando diversos aspectos relacionados con ellas, tanto a través de recomendaciones dirigidas a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, como mediante resoluciones adoptadas en el marco estricto del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.

Respecto a las recomendaciones generales del Comité de Ministros, la primera que conviene destacar es la *Recomendación R (86) 18 por la que se adoptó la Carta europea del deporte para las personas con discapacidad*⁴²⁶. En 1976, un año después de haberse elaborado la *Carta Europea del Deporte para Todos*, el Comité adoptó una resolución sobre los principios de una política relativa al “Deporte para Todos”⁴²⁷. El interés que el Consejo de Europa ha mostrado desde hace décadas por el deporte radica en su consideración como elemento de cohesión social y necesario

⁴²⁵ Recomendación 1601 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, *Improving the lot of abandoned children in institutions*, de 1 de abril de 2003. Esta Recomendación ha sido desarrollada posteriormente por la Recomendación 1698 (2005), *The rights of children in institutions: follow-up to Recommendation 1601 (2003) of the Parliamentary Assembly*, de 25 de abril de 2005.

⁴²⁶ Recomendación R (86) 18 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on the European Charter on Sport for All: disabled persons*, de 4 de diciembre de 1986.

⁴²⁷ Resolución (76) 41 *on the principles for a policy of Sport for All*, de 24 de septiembre de 1976.

para el desarrollo de la persona⁴²⁸. De este modo, a través de la Recomendación R (86) 18 se quiso asegurar el acceso de las personas con discapacidad a las actividades deportivas.

La Carta europea del deporte para las personas con discapacidad se divide en dos partes. En la primera, las recomendaciones van dirigidas a los estados miembros, mientras que en la segunda, se dirigen a las organizaciones deportivas. La tónica general de la Carta consiste en facilitar la práctica del deporte a todas las personas, con independencia de la discapacidad que puedan tener, así como en hacer accesibles los centros e instalaciones. No obstante, el deporte es considerado como una parte del proceso de rehabilitación de la persona. Como advierten Gorbeña, González y Lázaro, al contemplar el deporte desde una perspectiva rehabilitadora se corre el riesgo de terminar considerándolo como un medio y no como un fin en sí mismo⁴²⁹.

Aunque posteriormente el Comité de Ministros ha seguido dando continuidad a esta iniciativa, llegando a revisar la Carta Europea del Deporte en 1992⁴³⁰, la vinculación entre deporte y rehabilitación ha continuado estando presente en sus últimas actuaciones. Un ejemplo de ello es la *Recomendación R (97) 8 relativa a la rehabilitación a través de la práctica del deporte para las personas con discapacidad en Bosnia y Herzegovina*⁴³¹.

Por otro lado, en 1990, el Comité adoptó una *Recomendación* acerca de la *protección de la salud mental de algunos grupos vulnerables de la sociedad*⁴³². En ella fueron incluidos un conjunto de principios destinados a prevenir los problemas de

⁴²⁸ Sobre las actuaciones del Consejo de Europa en el ámbito del deporte, véase S. Gorbeña (y otros), *op. cit.*, pp. 98 y ss.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 102.

⁴³⁰ Recomendación R (92) 13 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on the Revised European Sports Charter*, de 24 de septiembre de 1992.

⁴³¹ Recomendación R (97) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on rehabilitation through sport of people with disabilities in Bosnia and Herzegovina*, de 2 de junio de 1997.

⁴³² Recomendación R (90) 22 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on the protection of mental health of certain vulnerable groups in society*, de 18 de octubre de 1990.

la salud mental de algunos grupos de personas, como los jóvenes, las minorías étnicas, las personas mayores o las víctimas de catástrofes. Aún cuando se hace referencia a la vivienda, a las políticas sociales o a la investigación, el texto regula la enfermedad mental desde un enfoque principalmente basado en el modelo médico.

En 1998 fueron adoptadas dos recomendaciones que, pese a no estar específicamente dirigidas a las personas con discapacidad, se referían a ellas en sus disposiciones. En primer lugar, la *Recomendación R (98) 3, sobre el acceso a la educación superior*⁴³³. Debido a la escasa representación de las personas con discapacidad en la educación superior, el Comité de Ministros propone la creación legislaciones que, sobre la base de la no discriminación y la eliminación de barreras, favorezcan el acceso de estas personas⁴³⁴. En segundo lugar, la *Recomendación R (98) 9 sobre dependencia*, cuyo concepto comprende la situación de numerosas personas con discapacidad⁴³⁵.

Mediante la *Recomendación R (99) 4*, el Comité de Ministros estableció los principios relativos a la protección jurídica de los mayores de edad incapacitados⁴³⁶. El texto se refiere a aquellas personas que por ver disminuidas sus facultades, son incapaces por sí mismas de tomar decisiones relativas sus intereses personales o económicos. El principio fundamental que ha de regir las actuaciones relativas a estas personas, según el principio 1 de la Recomendación, es el respeto de su dignidad inherente como ser humano. Por tanto, cualquier legislación o práctica relativa a la protección de los mayores incapacitados debe ser respetuosa con sus

⁴³³ Recomendación R (98) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on access to higher education*, de 7 de marzo de 1998.

⁴³⁴ Un estudio de la significación de la Recomendación R (98) 3 para las personas con discapacidad puede encontrarse en G. Quinn y T. Degener, "A Survey...", *op. cit.*, pp. 83 y ss.

⁴³⁵ Recomendación R (98) 9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre dependencia, de 18 de septiembre de 1998. La dependencia es definida en el Anexo a la Recomendación como "un estado en el que se encuentran las personas que, debido a razones vinculadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, necesitan una ayuda y/o ayudas importantes para realizar sus actividades cotidianas".

⁴³⁶ Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on principles concerning the legal protection of incapable adults*, de 23 de febrero de 1999.

derechos humanos. Otros principios incluidos en el texto son los de preservación máxima de la capacidad, necesidad, subsidiariedad o proporcionalidad. La Recomendación, que se estructura en 28 principios, también abarca temas como el procedimiento de incapacitación, el papel de los representantes o las intervenciones en el campo de la salud.

El Comité de Ministros, a través de la Recomendación R (99) 4, incide en la necesidad de aplicar las nuevas tendencias de protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el ámbito del Derecho civil. Esta iniciativa es especialmente valiosa, sobre todo, si se tiene en consideración que esta rama del Derecho ha evolucionado ajena a los grandes cambios que a nivel internacional ha experimentado la regulación jurídica de la discapacidad⁴³⁷.

Con independencia de otras recomendaciones que se han referido de forma sucinta a la discapacidad⁴³⁸, la última que interesa señalar es la *Recomendación R (2004) 10 relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen trastornos mentales*⁴³⁹. El texto incluye un amplio conjunto de directrices que, sobre los trabajos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, deben ser de aplicación para aquellas personas con trastornos mentales sometidas a tratamiento o internamiento involuntarios. Estas directrices están basadas en el principio de no discriminación y

⁴³⁷ Un interesante análisis de esta evolución puede encontrarse en J. A. Seoane, "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", 35 (209) *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* (2004), pp. 28 y ss.

⁴³⁸ Entre ellas, las recomendaciones R (2001) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations*, de 10 de octubre de 2001, R (2002) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on child day-care*, de 18 de septiembre de 2002, o la Recomendación R (2005) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on the rights of children living in residential institutions*, de 16 de marzo de 2005.

⁴³⁹ Recomendación R (2004) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder*, de 22 de septiembre de 2004.

el respeto de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁴⁰.

c) Resoluciones del Comité de Ministros adoptadas en el marco del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública

Como se vio, tras la Resolución AP (84) 3 sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad, que sustituyó todas las resoluciones anteriores, el Comité de Ministros ha continuado su actividad a favor de las personas con discapacidad en su composición restringida a los Estados miembros del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública. Esta actividad se ha traducido en un conjunto de resoluciones adoptadas en el marco del Acuerdo Parcial, cuyos destinatarios son exclusivamente los Estados parte del mismo, pero cuyo valor jurídico no deja de ser meramente recomendatorio.

Entre estas resoluciones, además de las ya vistas, destacan algunas como la *Resolución AP (95) 3 relativa a una Carta sobre la evaluación profesional de las personas con discapacidad* de 1995⁴⁴¹. En el contexto de la Carta, la evaluación profesional se refiere, según el punto 1, al proceso de valoración de las aptitudes profesionales de las personas con discapacidad y las exigencias del puesto de trabajo así como la comparación y equiparación de estas evaluaciones con miras a la inserción o reinserción laboral. Este proceso es especialmente importante para la integración laboral de las personas con discapacidad, pues contribuye a dotarles de una vida independiente y de una mayor integración en la sociedad. Sobre la base de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la OMS vigente en aquél momento, la Carta propone efectuar dicha evaluación orientándola hacia las aptitudes de la persona. Además de esta focalización sobre la

⁴⁴⁰ Para un análisis pormenorizado de la Recomendación, véase R. Jones y D. Kingdon, "Council of Europe recommendation on human rights and psychiatry: a major opportunity for mental health services", 20 (7) *European Psychiatry* (2005), pp. 461-464.

⁴⁴¹ Resolución AP (95) 3 *on a Charter on the vocational assessment of people with disabilities*, de 12 de octubre de 1995.

capacidad, más que sobre la incapacidad, que destaca Blanco Egido⁴⁴², en el texto se incluyeron otras importantes aserciones:

“2.2.3 Some classifications in medicine and other scientific fields focus on deviation from norms and on deficiencies. Such classifications do not appear to do justice to the abilities of people with disabilities. In only focusing on their weak points, they can hinder their social integration, put them at a disadvantage and lead to their exclusion.

2.2.4 The vocational assessment of people with disabilities should focus the attention of all concerned on abilities which can be used for vocational training and rehabilitation. This corrects widely held beliefs about people with disabilities by looking at the person assessed as a whole in terms of both ability and disability”.

Para Quinn y Degener, esta crítica hacia las clasificaciones utilizadas en el ámbito de la medicina y otras disciplinas científicas que se centran en las deficiencias y en la desviación de la norma, así como la reorientación hacia las capacidades de la persona por encima de sus limitaciones, ponen de manifiesto el cambio de modelo de la discapacidad en la regulación de la Organización⁴⁴³.

En 2001, como resultado de la especialización de los trabajos del Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, fueron adoptadas dos nuevas resoluciones.

En primer lugar, la *Resolución AP (2001) 1 sobre la introducción de los principios de diseño universal en los programas de formación de los profesionales en el ámbito del entorno construido*, también conocida como *Resolución de Tomar*⁴⁴⁴. En ella, el Comité de Ministros, convencido de que el diseño universal y la accesibilidad desempeñan un papel trascendental en la promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad, apuesta por integrar estos conceptos en todos los programas de educación y formación de aquellas profesiones relacionadas con el entorno físico construido. En consecuencia, reconoce el derecho de toda persona, con

⁴⁴² E. Blanco Egido, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁴³ G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁴⁴ Resolución AP (2001) 1 *on the introduction of the principles of universal design into the curricula of all occupations working on the built environment*, de 15 de febrero de 2001.

independencia de sus características, de acceder, hacer uso y comprender cualquier parte del entorno físico de la manera más igualitaria e independiente posible. Por ello pide a los Estados miembros del Acuerdo Parcial que incorporen en sus políticas sobre discapacidad el concepto de diseño universal en la formación de los profesionales de este ámbito, como arquitectos, ingenieros, diseñadores, etc. Recientemente ha sido adoptada la *Resolución AP (2007) 3 sobre la plena participación a través del diseño universal*, que amplía y actualiza la Resolución de 2001, incorporando un enfoque enormemente vanguardista.

La segunda Resolución sobre discapacidad adoptada en 2001 en el marco del Acuerdo Parcial fue la *Resolución AP (2001) 3 relativa a las nuevas tecnologías integradoras*⁴⁴⁵. El rápido desarrollo de las nuevas tecnologías hizo necesaria esta respuesta por parte del Comité de Ministros puesto que, como señala en la Resolución, con ellas se pueden mejorar las oportunidades de las personas con discapacidad, pero también crear nuevos obstáculos. Por eso, para asegurar que cualquier persona, con o sin discapacidad, pueda beneficiarse de las aplicaciones de las nuevas tecnologías, accediendo a ellas de forma independiente e igualitaria, propone la creación de estrategias nacionales que incorporen la perspectiva de la discapacidad a los planes actuales y futuros. En la Resolución se incluye un original catálogo de principios y preguntas vinculadas a los mismos que cualquier producto, servicio, sistema o tecnología de apoyo debe respetar⁴⁴⁶. Los principios que debieran hacer partícipes de los avances tecnológicos a las personas con discapacidad son: disponibilidad, accesibilidad, facilidad de uso, precio asequible, conocimiento de su existencia, apropiado y atractivo, adaptabilidad y compatibilidad. Podría afirmarse que si un producto, servicio o sistema cumple con estos principios o requisitos, sería efectivamente apto para su uso o disfrute por

⁴⁴⁵ Resolución AP (2001) 3, Hacia la plena ciudadanía de las personas con discapacidad por medio de nuevas tecnologías integradoras, de 24 de octubre de 2001.

⁴⁴⁶ La Resolución incluye un original listado de preguntas y respuestas similar al método utilizado para las FAQs (*Frequently Asked Questions*).

parte de cualquier persona. Además, en la Resolución se detallan unas áreas prioritarias de acción, las cuales se corresponden prácticamente en su totalidad con las áreas de intervención previstas en la Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad. Sin embargo, pese a las buenas intenciones subyacentes en esta novedosa Resolución, resulta obvio que las nuevas tecnologías siguen resultando poco accesibles, generalmente complejas y demasiado costosas, se tenga o no una discapacidad.

Como resultado de los abundantes trabajos que el Consejo de Europa había desarrollado en materia de protección contra los abusos, especialmente los sufridos por los niños, así como sobre discapacidad, fue adoptada la *Resolución AP (2005) 1 sobre la protección de los adultos y de los niños con discapacidad contra los abusos*⁴⁴⁷. En ella, sobre la base de un enfoque moderno de derechos humanos, el Comité de Ministros requiere la puesta en marcha de planes de acción nacionales dirigidos a proteger a las personas con discapacidad, tanto niños como adultos, de los abusos⁴⁴⁸. El fundamento de los mismos, según la Resolución, se encuentra en la obligación que los Estados tienen de preservar los derechos humanos y las libertades fundamentales de sus ciudadanos. En tanto los abusos suponen una violación de derechos, los Estados deberán actuar para combatirlos, especialmente cuando por edad o por discapacidad la persona se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad. Además, la actuación de las autoridades estatales no deberá centrarse exclusivamente en la protección jurídica de estas personas frente a los abusos, sino también en la prevención de los mismos y en la cooperación a nivel internacional.

⁴⁴⁷ Resolución AP (2005) 1 *on safeguarding adults and children with disabilities against abuse*, de 2 de febrero de 2005.

⁴⁴⁸ Según el apéndice de la Resolución, por abuso se entenderá cualquier acto u omisión que, intencionada o negligentemente, suponga una violación de los derechos humanos, las libertades, la integridad física o mental, la dignidad o el bienestar de una persona vulnerable. Además los abusos pueden manifestarse a través de muy diversas formas, como la violencia física o psicológica, la explotación o el abuso sexual, el abandono, el abuso sobre los bienes de la persona o las intervenciones que vulneren la integridad del sujeto.

Como se ha mencionado, en 2007 fue adoptada la Resolución AP (2007) 3 relativa a consecución de la plena participación a través del diseño universal⁴⁴⁹. En ella el Comité insta a los Estados miembros del Acuerdo Parcial a promover la participación plena en la comunidad integrando los principios del diseño universal su legislación, políticas y prácticas. En este sentido, sobre la base de la Resolución AP (2001) 1, el diseño universal es definido como una estrategia dirigida a que los diferentes entornos, los productos, las comunicaciones, las tecnologías de la información y los servicios, tengan un diseño y una composición accesibles, comprensibles y aptos para todas las personas, de la forma más independiente y natural posible. A través de diversas recomendaciones, la Resolución (2007) 3 no sólo amplía y mejora la de 2001, sino que se refiere expresamente al enfoque basado en los derechos humanos. Bajo la influencia de la Recomendación R (2006) 5, en los considerandos de la Resolución se establece que:

“[...] Reaffirming the universality, indivisibility and interdependence of all human rights and fundamental freedoms and the need for people with disabilities to be guaranteed their full enjoyment without any discrimination;
Considering that failure to promote the rights of citizens with disabilities and to ensure equality of opportunities is a violation of human dignity;
Considering that ensuring equal opportunities for members of all groups in society contributes to securing democracy and social cohesion;
Convinced that the human rights based approach to ensuring the integration and full participation of people with disabilities in society should be incorporated in all relevant policy areas at international, national, regional and local level;
Acknowledging the fact that in the process of integration of people with disabilities into society, a conceptual and methodological shift has been taking place in Europe since the middle of the 20th century, namely a shift from approaches identifying and eliminating existing barriers that prevent the participation of people with disabilities within society to an emphasis on avoiding the creation of new barriers of any kind, in order to ensure equal and democratic rights in society for all individuals, regardless of age, abilities or cultural background [...]”

⁴⁴⁹ Resolución AP (2007) 3, “*Achieving full participation through Universal Design*”, de 12 de diciembre de 2007.

Esto supone un gran avance en los trabajos del Consejo de Europa en materia de discapacidad, pues el cambio de modelo hacia los derechos humanos y la persona con discapacidad como sujeto ya no se intuye, sino que se anuncia y reafirma.

Junto con esta Resolución se adoptó la *Resolución AP (2007) 4 relativa a la educación y la integración social de los niños y jóvenes con trastornos incluidos dentro del espectro del autismo*⁴⁵⁰. Este texto es el resultado del creciente interés del Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad por la situación de las personas con autismo, a raíz del cual se celebraron diversos seminarios durante 2006 y se elaboraron varios informes⁴⁵¹. En la Resolución se pide a los Estados que adopten normas y políticas que permitan mitigar los efectos del autismo, facilitando la integración social, mejorando las condiciones de vida y promoviendo el desarrollo e independencia de estas personas.

2.1.2.5 INICIATIVAS DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS

Más allá del ámbito estrictamente jurídico, desde el Consejo de Europa se han llevado a cabo numerosas iniciativas de muy diversa naturaleza, todas ellas dirigidas a promover los derechos humanos de las personas con discapacidad y facilitar su integración social en Europa. De todas ellas, destacan especialmente las dos Conferencias de Ministros responsables de políticas relativas a las personas con discapacidad.

En 1991 se celebró en París la primera Conferencia Europea de Ministros responsables de políticas relativas a las personas con discapacidad⁴⁵². En ella participaron representantes de numerosos Estados miembros del Consejo de

⁴⁵⁰ Resolución AP (2007) 4 *on the education and social inclusion of children and young people with autism spectrum disorders*, de 12 de diciembre de 2007.

⁴⁵¹ En estos trabajos ha participado de forma activa Autismo-Europa, organización a la que ya se ha hecho referencia en relación con el asunto Autismo-Europa contra Francia, planteado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales.

⁴⁵² Primera Conferencia Europea de Ministros responsables de políticas relativas a las personas con discapacidad, “Una vida autónoma para las personas con discapacidad”, celebrada en París los días 7 y 8 de noviembre de 1991.

Europa, Ministros, representantes de diversos órganos del Consejo de Europa así como de otras organizaciones internacionales y varias organizaciones no gubernamentales. Tras los intensos e interesantes debates que tuvieron lugar durante los días 7 y 8 de noviembre, se adoptó una Declaración Final en la que se apostaba por la transición definitiva de un modelo de la discapacidad tuitivo e incluso inspirado en la caridad, hacia un nuevo modelo basado en los derechos humanos. No obstante, pese a que estos derechos se habían ido consagrando progresivamente en la normativa internacional, los Ministros coincidieron en la necesidad de continuar con el trabajo, dando un impulso al mismo a través de una nueva política europea. Así, solicitaron al Comité de Ministros que adoptase una recomendación sobre la base de la propuesta que el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad había presentado en la Conferencia. Como consecuencia de esta propuesta vio la luz la Recomendación R (92) 6 relativa a una política coherente para las personas con discapacidad, que sustituyó a la obsoleta Resolución AP (84) 3.

Hubo que esperar más de una década hasta que en 2003, coincidiendo con el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, se celebró en Málaga la segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad⁴⁵³. Como ya se vio, durante la Conferencia se debatió sobre la necesidad de revisar la Recomendación R (92) 6 hacia un enfoque más moderno y acorde con las últimas iniciativas internacionales.

Tras la Conferencia se adoptó una declaración política bajo el título “Avanzar hacia la plena participación como ciudadanos”. En ella se estableció como objetivo principal durante el próximo decenio la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad y de sus familias, que acentuase su integración y su plena

⁴⁵³ Segunda Conferencia Europea de Ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad, “Mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad: conseguir una política coherente para la plena integración”, celebrada en Málaga los días 7 y 8 de mayo de 2003 (CONFMIN-IPH (2003) 3 final).

participación en la sociedad, con el compromiso de actuar en el marco de los derechos humanos y la lucha contra la discriminación. Sobre esta base, los Ministros responsables de las políticas relativas a la discapacidad recomendaron la elaboración de un Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad que constituyese un nuevo marco político europeo de la discapacidad durante la próxima década. Tras los trabajos del Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, el Comité de Ministros adoptó la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015).

Ambas Conferencias Ministeriales han ejercido un valioso papel en la orientación de las políticas europeas relativas a la discapacidad, así como en la definición de los objetivos a perseguir. Además, han servido de impulso para nuevas actuaciones del Consejo de Europa en la materia. No en vano, dos de los instrumentos más importantes de cuantos ha adoptado el Comité de Ministros en los últimos años tuvieron su origen en aquellas.

Al mismo tiempo, el Consejo de Europa ha impulsado la celebración de diversas Conferencias europeas dirigidas a servir de foro para el debate sobre diferentes cuestiones vinculadas a la discapacidad, así como difundir los avances de la organización en la materia. De este modo, en 2004 se celebró en Estrasburgo una Conferencia sobre *“Human Rights – Disability – Children”*, impulsada por la Presidencia noruega del Comité de Ministros. Dos años después, con el objetivo de poner en marcha el nuevo Plan de Acción para las personas con discapacidad, tuvo lugar en San Petersburgo la Conferencia *“Improving the quality of life of people with disabilities in Europe: participation for all, innovation, effectiveness”*. En 2007, la ciudad de Zagreb acogió la Conferencia de Alto Nivel *“Council of Europe Disability Action Plan 2006-2015: National Implementation – from Policy to Practice”*. En último lugar, en octubre de 2008 se celebró, de nuevo en Estrasburgo, la Conferencia titulada *“Protecting and promoting the rights of persons with disabilities in Europe: towards full*

participation, inclusion and empowerment". Todas ellas han servido, al menos, para dar mayor visibilidad a la discapacidad en Europa.

Por otro lado, el Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad desarrolla una función enormemente valiosa en el estudio y análisis de multitud de cuestiones relativas a la discapacidad. Además, del Comité dependen diversos subcomités y grupos de trabajo, como el Comité de Expertos sobre Educación e Integración de los Niños con Autismo, el Comité sobre Diseño Universal, el Grupo de Trabajo sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa en materia de Discapacidad y el Grupo de Expertos sobre Desinstitucionalización de los Niños con Discapacidad, ya mencionados. Fruto de su trabajo es la publicación de numerosos informes y estudios en la materia, algunos de los cuales han tenido una importante repercusión en las actuaciones normativas del Comité de Ministros.

Finalmente, cabe destacar la labor impulsora que la figura del Comisario de Derechos Humanos está desarrollando a favor de los derechos de las personas con discapacidad, quien ha mostrado un especial interés por ellas, participando en diversos seminarios y conferencias en la materia. También son abundantes las referencias a las cuestiones relativas a la discapacidad en sus últimos Informes Anuales de Actividad.

2.2 LA UNIÓN EUROPEA

Como consecuencia del impulso generado por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, las instituciones comunitarias han adoptado en los últimos años diversos instrumentos y desarrollado numerosas políticas con la finalidad de eliminar las barreras que, por motivo de su discapacidad, provocan la exclusión de estas personas. No obstante, esta actividad ha estado enormemente condicionada por la falta de atribución de competencias específicas en materia de discapacidad y derechos humanos.

El apartado comienza con una introducción histórica en la que describe, a través de sus diferentes etapas, el modo en que la perspectiva de la discapacidad se ha ido introduciendo progresivamente en las actuaciones comunitarias. Se diferencia entre el enfoque tradicional de corte paternalista, dirigido a la asistencia y la rehabilitación de las personas con discapacidad, y el enfoque más moderno basado en el reconocimiento de derechos, e inspirado en la estrategia de igualdad de oportunidades y no discriminación.

A continuación se estudian pormenorizadamente los instrumentos jurídicos más relevantes de cuantos se ha adoptado en el seno de la Unión en materia de discapacidad, como la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el Reglamento 1107/2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, o alguno de los artículos incluidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Además, puesto que de manera habitual las instituciones han acompañado su producción normativa de programas e iniciativas dirigidos a incrementar la efectividad y el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, se incluye un análisis de aquellos en esta investigación. De esta manera, en el último apartado se diferencia entre los planes y programas básicamente destinados a la financiación de proyectos orientados a la integración de estas personas, como los programas HELIOS, HORIZON o diversos planes europeos, y aquellas medidas concretas que tienen por objeto la promoción de sus derechos, como fue la celebración en 2003 del Año Europeo de las Personas con Discapacidad.

2.2.1 Introducción histórica

El tratamiento jurídico que recibe la discapacidad en la Unión Europea viene determinado, principalmente por dos factores: en primer lugar, por el modo en que se concibe la misma, pues como vimos, y el ámbito comunitario no es una excepción, hemos asistido a un cambio en el planteamiento de la discapacidad fruto

de la sucesión de diferentes enfoques; y en segundo lugar, por las competencias atribuidas en cada momento histórico a las Comunidades Europeas que, lógicamente, han condicionado las actuaciones de las mismas. En este sentido, hay que tener en cuenta que la falta de competencias en materia de derechos humanos ha supuesto que cualquier regulación comunitaria en materia de discapacidad se haya visto limitada a sectores determinados y en muchas ocasiones de forma tangencial⁴⁵⁴.

Como ya hemos advertido en otro lugar, el espíritu meramente económico de las primeras fases de integración europea provocó que en sus orígenes, las personas con discapacidad fuesen obviadas de cualquier actuación comunitaria⁴⁵⁵. Posteriormente, ante la falta de atribución por los Tratados de competencias específicas en la materia, se optó por enmarcar la cuestión en la política social (artículos 117 a 125 TCE). De hecho, como recuerdan Quinn y Degener, fue en el campo de la política social donde la discapacidad se registró originalmente como asunto de la Comunidad⁴⁵⁶.

En este contexto, el prisma desde el que la discapacidad fue observada por la Comunidad respondió desde un primer momento al modelo asistencial. El carácter paternalista de las primeras actuaciones comunitarias se pone de manifiesto en el perfil tuitivo de las mismas. Partiendo de la discapacidad como una *desviación de la normalidad*, las medidas que se desarrollaron buscaban asistir a la persona para

⁴⁵⁴ Sobre la progresiva atención que las instituciones comunitarias han prestado a la protección de los derechos fundamentales, véase P. Andrés Saénz de Santamaría, J. A. González Vega y B. Fernández Pérez, *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Eurolex, 1999, pp. 489 y ss., así como A. Mangas Martín y D. J. Liñán Noguerras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2005, pp. 557 y ss.

⁴⁵⁵ Puede verse un análisis detallado en I. Biel Portero y A. Rey Aneiros, “La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?” y “La apuesta comunitaria por el enfoque de los derechos de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida”, en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 185-236.

⁴⁵⁶ G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 97.

reducir sus limitaciones. Eso sí, rara vez se tenían en cuenta las necesidades concretas de cada sujeto, pues el fundamento último de las mismas no era permitir a cada persona el ejercicio de sus derechos, sino que se articulaban más bien como medidas de gracia de las instituciones.

Hasta tiempos recientes, en el ordenamiento jurídico comunitario no se ha reconocido de forma directa derecho alguno a las personas con discapacidad por razón de la misma. Las diferentes medidas que se adoptaban tenían su origen en la potestad de los poderes públicos de asistir y proteger a los grupos menos favorecidos. Contaban además con dos importantes limitaciones. En primer lugar, prácticamente la totalidad de medidas y actuaciones llevadas a cabo por la Comunidad se circunscribían al ámbito laboral, obviando otras esferas no menos importantes. En segundo lugar, ninguno de los instrumentos fue dotado de valor jurídico vinculante, lo que redujo notablemente su efectividad

Pero como resultado de una marcada evolución, la discapacidad dejó de ser concebida como un problema del individuo para ser considerada cuestión de derechos humanos, cuya responsabilidad última corresponde al Estado⁴⁵⁷. Hay que precisar que el tránsito comunitario del enfoque tradicional de la discapacidad al enfoque de derechos no ha sido ni mucho menos uniforme, “ni sus expresiones coincidentes en atención a objetivos claros de actuación”⁴⁵⁸. A esta heterogeneidad, unida a la variable intensidad en los niveles de protección, también se ha referido

⁴⁵⁷ Véase T. Zolkowska, I. Kasior-Szerszen y I. Blaszkiewicz, “European Union Policy Toward People with Disabilities”, 22 (4) *Disability Studies Quarterly* (2002), pp. 217 y 218. Afirman las autoras que esta concepción hacia una perspectiva de derechos de las personas con discapacidad, lejos de ser una simple moda, constituye desde hace ya unos años una tendencia sostenida.

⁴⁵⁸ E. Garrido Pérez., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, 59 *Temas Laborales* (2001), p. 166.

Frédérique Ast. Para el autor “*l'impression qui s'en dégage est celle d'une Union qui agit de manière impressionniste, là où elle le peut*”⁴⁵⁹.

Además, como se verá a continuación, en el ámbito comunitario existe un derecho cuyo contenido goza de especial significado en el contexto de la discapacidad: la igualdad de oportunidades y la no discriminación. De hecho, en la actualidad, el modelo de actuación de la Unión en la materia se ha construido en gran parte, debido a sus limitaciones competenciales sobre este derecho.

2.2.1.1 LAS PRIMERAS MEDIDAS RELATIVAS A LA DISCAPACIDAD: DEL PATERNALISMO INICIAL AL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS.

La primera actuación destacada de las instituciones europeas dirigida a las personas con discapacidad se encuentra en la *Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social*⁴⁶⁰. Dicho programa, que se refiere de manera amplia al empleo en la Comunidad, aborda sucintamente la cuestión de la discapacidad entre el conjunto de medidas propuestas a lo largo del texto. Con el objetivo de la “realización del pleno y mejor empleo en la Comunidad”, el Consejo instó a “iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional y social de minusválidos”⁴⁶¹.

Consecuentemente, el Consejo estableció, mediante resolución de 27 de junio de 1974⁴⁶², el *primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos*. La finalidad del programa, tal como se especifica en el texto del

⁴⁵⁹ F. Ast, “Les Protections Offertes aux Personnes Handicapées par le Droit Communautaire”, en C. Pettiti y B. Favreau (Dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006, p. 53.

⁴⁶⁰ DO N° C 13, de 12 de febrero de 1974, pp. 1-4.

⁴⁶¹ En un primer momento, el término *minusválido* fue el elegido para traducir el de *handicapped person*. No obstante, el concepto de *minusválido* debe ser interpretado como *persona con discapacidad*, en tanto aquél era el concepto que tradicionalmente se venía utilizando en la lengua española para referirse a esta realidad. Debe tenerse en cuenta que deberían pasar seis años hasta que la Organización Mundial de la Salud publicase la primera versión de la CIDDM.

⁴⁶² Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos (DO N° C 80, de 9 de julio de 1974, pp. 30-32).

mismo, consistía en “mejorar las posibilidades de readaptación profesional [...] en todos sus aspectos: orientación, formación, colocación y asistencia, durante el período de adaptación al empleo”, y todo ello en un marco general en el que todas las iniciativas de las instituciones comunitarias relativas a las personas con discapacidad debían “ayudarles a que puedan llevar una vida normal independiente y plenamente integrada en la sociedad”.

En el programa son enumeradas un conjunto de acciones relativas a la readaptación profesional, divididas en diversas categorías, cuya coordinación es encargada a la Comisión, mientras que se responsabiliza de su puesta en práctica no sólo a la Comunidad, sino también a los “poderes públicos, los institutos y servicios que se ocupan de la readaptación, los interlocutores sociales, las empresas, la población local y, sobre todo, los propios minusválidos”.

Sin embargo, el enfoque que se adopta en este programa es el propio de la época, en el que la persona con discapacidad es concebida como objeto. Se considera que la mejor manera de combatir los problemas derivados de la discapacidad es procurando que no llegue a producirse, y cuando ya no es posible prevenirla, mediante una rehabilitación que permita asemejar a las personas con discapacidad a las demás personas que integran la sociedad. En palabras de Garrido Pérez, “el acercamiento desde las políticas comunitarias, y en suma el de los Estados miembros de la Unión Europea, a la cuestión de la discapacidad ha sido tradicionalmente sustentado sobre la creencia de que la discapacidad es una desviación de la normalidad, y como tal la orientación en los contenidos de dichas políticas tenía como finalidad la rehabilitación, esto es, intentar compensar tal desviación ayudando a las personas discapacitadas a situarse lo más cerca posible de la sociedad entendida como normal”⁴⁶³.

En los años inmediatos a estas resoluciones se llevaron a cabo diversas actuaciones relacionadas con la discapacidad, si bien todas ellas abordan la

⁴⁶³ E. Garrido Pérez., *op. cit.*, p. 166.

cuestión de forma indirecta, y refiriéndose en su mayoría a cuestiones fundamentalmente técnicas⁴⁶⁴.

En 1981, con motivo de la proclamación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas del Año Internacional de las Personas con Discapacidad, el Parlamento Europeo aprobó una *Resolución sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad*⁴⁶⁵.

En su resolución, el Parlamento pedía a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros la adopción de un conjunto de medidas dirigidas a lograr una mayor integración de las personas con discapacidad en Europa, con la aspiración de incrementar la cooperación en el campo social. Concretamente, apelaba a la Comisión no sólo a revisar todas las formas en que una acción a nivel comunitario pudiese aligerar las dificultades de las personas con discapacidad y ayudarles a llevar una vida lo más completa posible, sino también a presentar propuestas sobre una Directiva que estableciese los modelos y criterios de derechos y obligaciones de los que fuesen titulares estas personas en los Estados miembros. Era la primera vez que se planteaba la adopción de una directiva dirigida específicamente a las personas con discapacidad, algo que, a día de hoy, todavía no se ha conseguido.

Además, el Parlamento Europeo aprovechó para lanzar un aviso sobre cuál debía ser la política de la Comunidad en los años sucesivos. En el propio texto reafirmó, en relación con las actuaciones comunitarias, que “no se trata de establecer principios que se hallan totalmente aceptados, sino que el objetivo sería dar un nuevo impulso al desarrollo de políticas basadas en dichos principios”. De esta forma, se redefinía la acción de la Comunidad en lo relativo a la discapacidad

⁴⁶⁴ En el anexo II de la Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos (DO N° C 347, de 31 de diciembre de 1981, pp. 14-31), se enumera todo el conjunto de acciones que las instituciones europeas habían desarrollado hasta la fecha.

⁴⁶⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad, en particular referencia al Año Internacional del Minusválido 1981 (DO N° C 77, de 6 de abril de 1981, p. 27).

hacia un mayor pragmatismo, en relación con las declaraciones de derechos que, en los años anteriores, habían sido adoptadas en el seno de las Naciones Unidas.

Por su significación destacan en la resolución del Parlamento Europeo otros aspectos, como el reconocimiento de la pobreza como característica vinculada habitualmente a la discapacidad, la invitación a la Comisión a dar una definición uniforme de “persona minusválida” para los Estados miembros, o la mención específica de la trascendencia que tiene la cuestión de la educación para estas personas, a la que se dedica todo un apartado.

La resolución del Parlamento no dejó indiferentes a las demás instituciones comunitarias, y apenas unos meses después, la Comisión presentó al Consejo una *Comunicación sobre las líneas directrices de la acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos*⁴⁶⁶. Con la misma se pretendía establecer un nuevo esquema de toda la acción en la materia, integrando y completando las acciones que la Comunidad estaba llevando a cabo hasta ese momento. Se señala la inserción social de las personas con discapacidad como uno de los objetivos a perseguir por los Estados miembros, para el cual se deberán desarrollar una serie de medidas conforme a las directrices establecidas en la propia Comunicación⁴⁶⁷. La inserción social implica, tal como se aclara en el punto 4, “que se supriman los obstáculos que tienen a los minusválidos apartados de la vida de su comunidad, no solamente previendo medidas específicas de compensación o de readaptación, sino igualmente teniendo en cuenta las necesidades de los minusválidos, cualquiera que sea la naturaleza de su minusvalía, en la programación y la organización de las estructuras

⁴⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los *minusválidos* (DO N° C 347, de 31 diciembre de 1981, p. 14).

⁴⁶⁷ La Comisión, además de diseñar mediante actuaciones concretas el nuevo esquema rector, recuerda en la Comunicación algunos elementos importantes para la consecución de los objetivos planteados, como son la ayuda financiera del Fondo Social Europeo, o la importancia de las labores de coordinación y las estructuras de cooperación.

sociales que influyen en su marco de vida, de aprendizaje y de trabajo”. Para ello se articularon cinco tipos de medidas:

- i) la creación de una red comunitaria de acción llevada a cabo a nivel local para que sirva de referencia y de modelo a otras iniciativas;
- ii) la creación de sistemas mejorados de difusión de las informaciones y el intercambio de experiencias entre Estados miembros y dentro de éstos, con el fin de hacer progresar la evaluación de las medidas y de las prácticas nacionales y locales;
- iii) una serie de estudios y de conferencias destinados a concretar ciertos problemas seleccionados que presentan un interés particular en el plano local, con el fin de formular a nivel comunitario orientaciones en que deberían inspirarse las políticas de los Estados miembros;
- iv) el refuerzo de los trabajos de la actual red comunitaria de centros de readaptación, de modo que se promueva una cooperación para la puesta a punto de modelos de soluciones para los problemas clave y para permitirles desempeñar un papel más activo en la difusión de las prácticas que han demostrado;
- v) la difusión de los resultados de las experiencias piloto llevadas a cabo por la Comunidad en materia de vivienda con el fin de favorecer la inserción social de los minusválidos y la organización de acciones permanentes en esta materia”.

Es evidente que desde la Comunidad se estaba gestando un cambio de perspectiva, propio del momento, en la concepción de las cuestiones relativas a las personas con discapacidad. Dejaban de ser considerados como *problemas*, cuyas *deficiencias* debían ser compensadas, por ejemplo, reduciendo las actuaciones destinadas a aquéllas a la rehabilitación y la readaptación profesional, para empezar a ser tratados como titulares de derechos con unas necesidades especiales⁴⁶⁸.

Continuando con el conjunto de actuaciones iniciadas por el Parlamento Europeo, el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, mediante *Resolución de 21 de diciembre de 1981*, invitaron a los Estados Miembros “a proseguir y, si es posible, intensificar sus acciones para promover la

⁴⁶⁸ Pueden apreciarse indicadores de este cambio, con algunos matices, en punto II de la Comunicación. Se habla en el mismo del ejercicio de derechos, de prever las necesidades de los *minusválidos*, cualquiera que sea la naturaleza de su minusvalía, y se justifica la política de integración social, con independencia de justificaciones morales, en razones económicas y sociales.

integración económica y social de los minusválidos”⁴⁶⁹. Esta resolución incluía un conjunto de acciones a las que los Estados debían prestar una especial atención, como eran la coordinación de servicios dirigidos a las personas con discapacidad, la garantía de una vida independiente o el desarrollo de medidas relativas a la vivienda y a la movilidad, entre otras. Acciones que, por otro lado, han sido criticadas tanto por su falta de fuerza vinculante como por su carácter demasiado genérico⁴⁷⁰.

En 1986, el Consejo adoptó la *Recomendación de 24 de julio, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad*⁴⁷¹. Las expectativas que se habían generado, tras la resolución del Parlamento Europeo de 1981 en la que se apuntaba la posibilidad de adoptar una directiva relativa a los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad, se vieron frustradas con la aprobación de un instrumento jurídicamente no vinculante, que además se refería únicamente a un aspecto concreto relacionado con la discapacidad: el empleo.

No obstante, esto no quiere decir que dicho texto careciese de valor alguno, pues en el mismo se contienen importantes novedades. A través de su Recomendación el Consejo invitó a los Estados miembros a adoptar “todas las medidas convenientes para garantizar el trato equitativo de los minusválidos en materia de empleo y de formación profesional”, extendiendo dicha garantía no sólo a la readaptación profesional — como ya había hecho en su Resolución de 27 de junio de 1974 — sino también a la formación inicial y el primer puesto de trabajo, así como al mantenimiento y la promoción en el mismo. Además, se detallan algunas acciones concretas que debieran estar previstas en las políticas de los

⁴⁶⁹ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los *minusválidos* (DO N° C 347, de 31 de diciembre de 1981, p. 1).

⁴⁷⁰ S. Gorbeña (y otros), *El Derecho al Ocio de las Personas con Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 114.

⁴⁷¹ Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los *minusválidos* en la Comunidad (DO N° L 225, 379, de 12 de agosto de 1986, 43-47).

Estados miembros a favor de las personas con discapacidad. Se incluyen, por un lado, medidas para la eliminación de discriminaciones negativas⁴⁷², y por otro, la realización de acciones positivas, las cuales se detallan ampliamente en el Anexo adjunto a la Recomendación⁴⁷³.

Otro de los avances que incluye la Recomendación consiste en realizar un intento por conceptualizar la expresión *minusválido*. A los efectos de dicha Recomendación, “el término *minusválidos* comprende a todas aquellas personas seriamente incapacitadas por motivos físicos, mentales o psicológicos”. Aún cuando es cierto que la indeterminación de la expresión *seriamente incapacitadas* es más que notable, y que no se tiene en cuenta la CIDDM de 1980 elaborada por la Organización Mundial de la Salud, conviene destacar el esfuerzo por tratar de precisar el alcance subjetivo de la resolución, utilizando además un concepto lo bastante abierto como para no excluir del mismo a ninguna persona con discapacidad.

Valorando la Recomendación en su conjunto, para López Contreras y Riego Villa, la transformación experimentada por la política comunitaria no puede ser más clara, en tanto desde ese momento “la integración laboral de las personas con minusvalías se contempla en toda su extensión, no como un mero proceso de recuperación de capacidades preexistentes y ulteriormente perdidas”⁴⁷⁴. En el mismo sentido Garrido Pérez pone de manifiesto el cambio de óptica que supone la adopción de la Recomendación en los objetivos y en el planteamiento mismo de la acción comunitaria⁴⁷⁵.

⁴⁷² Como por ejemplo, la revisión de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas con el fin de que éstas no sean contrarias al principio de trato equitativo para los *minusválidos*, la adopción de medidas adecuadas para evitar los despidos vinculados con una incapacidad, la limitación de las excepciones al principio de trato equitativo, etc.

⁴⁷³ Puede encontrarse un análisis pormenorizado de dichas acciones en E. Garrido Pérez., *op. cit.*, pp. 169 a 171.

⁴⁷⁴ M. López Contreras y J. Riego Villa, “Unión Europea. Introducción”, en S. Muñoz Machado y R. de Lorenzo (dir.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1996., p. 94.

⁴⁷⁵ E. Garrido Pérez., *op. cit.*, p. 169.

Fruto de toda esta dinámica, fueron adoptadas en los años inmediatos diversas resoluciones sobre aspectos concretos relacionados con la discapacidad. Concretamente las *Resoluciones del Parlamento Europeo*, de 16 de septiembre de 1987, *sobre el transporte de minusválidos y ancianos*⁴⁷⁶, y de 17 de junio de 1988, *sobre lenguajes gestuales para sordos*⁴⁷⁷, así como las *Conclusiones del Consejo y los ministros de Educación reunidos en Consejo*, de 14 de mayo de 1987, *relativo a un programa de colaboración europea sobre la integración de los niños disminuidos en escuelas ordinarias*⁴⁷⁸.

En 1988, el Consejo, con la voluntad de dotar de continuidad a toda esta labor que había comenzado en 1974 con el primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los *minusválidos*, adoptó, mediante *Decisión de 18 de abril*, el segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los *minusválidos* (HELIOS)⁴⁷⁹. El programa HELIOS se caracterizó por su gran amplitud, tanto subjetiva como en la delimitación de sus objetivos⁴⁸⁰. Subjetivamente, porque se incluyó una definición de *minusválido* similar a la contenida en la Recomendación del Consejo de 1986⁴⁸¹. Respecto a los objetivos, el segundo programa de acción de la Comunidad superó al programa anterior, en tanto, además de la rehabilitación profesional, se ocupó de la integración económica y social y la vida autónoma de las personas con discapacidad⁴⁸². Para la consecución de los mismos, se explicitaron en la Decisión un conjunto detallado de acciones de carácter general y específico.

⁴⁷⁶ DO N° C 281, de 19 de octubre de 1987, p. 85.

⁴⁷⁷ DO N° C 187, de 18 de julio de 1988, p. 236.

⁴⁷⁸ DO N° C 211, de 8 de agosto de 1987, pp. 1-4.

⁴⁷⁹ Decisión del Consejo, de 18 de abril de 1988, por la que se adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los *minusválidos* (HELIOS) (DO N° L 104, 231, de 23 de abril de 1988, p. 38).

⁴⁸⁰ M. López Contreras y J. Riego Villa, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁸¹ Artículo 2: “A los efectos del programa, el término «minusválidos» comprende a todas las personas gravemente disminuidas por motivos físicos o psíquicos”.

⁴⁸² Artículo 3: “Los objetivos del programa serán los siguientes: a) desarrollar, en los ámbitos de la formación y de la rehabilitación y en el de la integración económica y social y de la autonomía de los minusválidos, un enfoque comunitario basado en las experiencias innovadoras más positivas de los Estados miembros; b) en los ámbitos mencionados en la letra a), desarrollar actividades de intercambio e información que no dependan del Fondo Social Europeo, pero que puedan aportar

En sus *Conclusiones relativas al empleo de los minusválidos en la Comunidad*, de 12 de junio de 1989, el Consejo reconocía las dificultades que, pese a los esfuerzos realizados, seguían encontrando las personas con discapacidad para acceder a la formación profesional y al empleo en condiciones de igualdad⁴⁸³. Sin embargo, lejos de desistir en la tarea, invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a mantener y seguir desarrollando las acciones dirigidas a lograr una mayor integración profesional de esas personas.

El último acontecimiento destacable de la década de los ochenta fue la aprobación por los Jefes de Estado o de Gobierno de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, el 9 de diciembre de 1989, en la cumbre de Estrasburgo⁴⁸⁴. En el punto 26 se incluye la siguiente declaración:

“Todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda”.

Pese a que el valor de la Carta era fundamentalmente simbólico, ya que carecía de valor jurídico vinculante, debe considerarse de forma positiva la previsión de un apartado dedicado a las personas con discapacidad, en tanto se estaban reconociendo las especiales necesidades que como consecuencia de su discapacidad plantean, especialmente en el ámbito laboral.

una contribución útil en dichos ámbitos; c) contribuir a la aplicación de la Recomendación 86/379/CEE y de la Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 21 de diciembre de 1981; d) proseguir y ampliar, cuando sea necesario, el apoyo de la Comunidad a la cooperación europea de las organizaciones no gubernamentales en los ámbitos previstos en la letra a); e) prestar la atención adecuada a: - las necesidades profesionales y el fomento de la integración social y de la vida autónoma de las mujeres minusválidas, - las personas con responsabilidades específicas por el hecho de cuidar niños o adultos minusválidos en el hogar”.

⁴⁸³ Conclusiones del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativas al empleo de los *minusválidos* en la Comunidad (DO N° C 173, de 8 de julio de 1989, pp. 1-2).

⁴⁸⁴ Reino Unido fue el único Estado miembro que no firmó la Carta en aquel momento, si bien lo hizo con posterioridad, tras la llegada al poder del laborista Tony Blair, en 1998.

2.2.1.2 EL NUEVO MODELO COMUNITARIO: LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y LA NO DISCRIMINACIÓN

En la década de los noventa asistimos a un gran cambio en las políticas sobre discapacidad de la Unión. Notablemente influenciadas por los trabajos que a nivel internacional vienen desarrollándose por las Naciones Unidas, las instituciones europeas van a replantear su enfoque hacia un modelo más cercano al de derechos humanos.

Antes de esto, en 1990, el Consejo junto con los Ministros de Educación de los Estados miembros adoptaron una *resolución relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios*⁴⁸⁵. En ella, se opta por la plena integración de los alumnos con discapacidad en el sistema educativo ordinario, recurriendo sólo de forma excepcional o complementaria a los centros especiales⁴⁸⁶. En ese mismo año, se puso en marcha la primera *Iniciativa Comunitaria HORIZON*, con la finalidad de fomentar, mediante su financiación, medidas de mejora para el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad y de otros grupos desfavorecidos desempleados o con graves obstáculos para su integración laboral.

El 16 de septiembre de 1992, el Parlamento Europeo aprobó la *Resolución sobre los derechos de los deficientes mentales*⁴⁸⁷. A pesar de lo inaceptable de la terminología empleada⁴⁸⁸, el Parlamento se hace eco de la situación de uno de los colectivos más

⁴⁸⁵ Resolución del Consejo y los Ministros de Educación reunidos en Consejo, de 31 de mayo de 1990, relativa a la integración de los niños y jóvenes *minusválidos* en los sistemas educativos ordinarios (DO N° C 162, de 3 de julio de 1990, p. 2).

⁴⁸⁶ Unos meses antes se había adoptado en Jomtien (Tailandia) la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, en cuyo artículo tercero se afirma que la educación básica debe proporcionarse a todos los niños, jóvenes y adultos, y que “las necesidades básicas de aprendizaje de las personas impedidas precisan especial atención. Es necesario tomar medidas para garantizar a esas personas, en sus diversas categorías, la igualdad de acceso a la educación como parte integrante del sistema educativo”. Véase el apartado de esta tesis relativo a las actividades de la UNESCO en materia de discapacidad, pp. 161 y ss.

⁴⁸⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1992, sobre los derechos de los *deficientes mentales* (DO N° C 284, de 2 de noviembre de 1992, p. 49).

⁴⁸⁸ En 1992, doce años después de la publicación de la primera Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), la expresión “deficiente mental” era, conforme a los estándares internacionales, incorrecta en todos los sentidos.

desfavorecidos en la sociedad, como son las personas con una discapacidad mental, pidiendo la realización de una serie de medidas en cuatro ámbitos diferenciados: los derechos civiles, la formación y la educación, el trabajo y la seguridad social, y la asistencia y la vivienda⁴⁸⁹. Destacan las consideraciones de los puntos E y F, donde tras reafirmar que todas las personas tienen derecho a que se respeten sus derechos fundamentales “por cuanto todas tienen la misma dignidad”, con independencia de si tienen o no discapacidad, se aclara que “la incapacidad para el consentimiento no debe conducir automáticamente a la pérdida de los derechos civiles”. Esta cuestión, que hoy puede parecer evidente, no ha sido siempre tomada en consideración por los diferentes ordenamientos jurídicos europeos⁴⁹⁰.

Finalizado el programa HELIOS en 1991, hubo que esperar hasta 1993 para que el Consejo adoptase, mediante Decisión de 15 de febrero, el programa HELIOS II⁴⁹¹. El tercer programa de acción comunitaria, que abarcó el periodo comprendido entre 1993 y 1996, superó nuevamente a los anteriores. Como señala la doctrina, no es casual la coincidencia de denominaciones entre este programa y el anterior, pues HELIOS II no sólo continuó las acciones emprendidas en HELIOS sino que las intensificó⁴⁹². El programa mantuvo un concepto amplio de “persona minusválida”, si bien utilizando una definición técnicamente más precisa y acorde a la Clasificación de la Organización Mundial de la Salud entonces vigente⁴⁹³.

⁴⁸⁹ Contrariamente al enunciado del título de la resolución, no hay en el texto un reconocimiento explícito de derechos, sino que se limita a reclamar de los Estados miembros y demás instituciones europeas, una serie de actuaciones concretas.

⁴⁹⁰ No obstante, se echa en falta en la resolución del Parlamento Europeo una referencia a los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, que habían sido adoptados recientemente por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

⁴⁹¹ Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas *minusválidas* (HELIOS II 1993-1996) (DO N° L 56, de 9 de marzo de 1993, p. 30).

⁴⁹² Véase, por ejemplo, M. López Contreras y J. Riego Villa, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁹³ Artículo 2: “A efectos del programa HELIOS II, se entenderá por «personas minusválidas» las personas que presenten deficiencias, discapacidades o minusvalías graves resultantes de afecciones

En el plano de los objetivos, HELIOS II sigue una línea similar a su predecesor, pero incluyendo la participación de las organizaciones no gubernamentales como aspecto importante en el proceso de integración de las personas con discapacidad. En ese contexto crea, en su artículo 9, el Foro Europeo de la Discapacidad, que nació como órgano consultivo de la Comisión en el marco del programa, y en el que se buscaba la representación de las personas con discapacidad, sus familias y sus organizaciones en los diferentes Estados miembros. Hoy día se constituye como una auténtica organización de organizaciones sobre discapacidad. Su misión principal es la de representar al conjunto de ciudadanos con discapacidad en el plano europeo, especialmente en el diálogo con la Unión, velando por el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación. En la actualidad el Foro Europeo de la Discapacidad es la organización de referencia en lo relativo a la promoción de los derechos de los ciudadanos europeos con discapacidad. En este contexto, son innumerables las actividades que para tal fin realiza cada año⁴⁹⁴.

En septiembre de ese mismo año, tras la realización de una fase piloto, el Consejo aprobó la *iniciativa comunitaria de tecnología de rehabilitación para las personas con discapacidad y las personas mayores*, conocida como “TIDE”, cuyo principal objetivo era la creación de un mercado interior de dicha tecnología que facilitase la integración social y económica de estas personas⁴⁹⁵.

En los *Libros Verde*⁴⁹⁶ y *Blanco*⁴⁹⁷ sobre la *Política Social Europea*, la Comisión se refirió a la cuestión de la discapacidad, aunque sólo parcialmente. Para López

físicas, incluidas las sensoriales, mentales o psíquicas, que limiten o impidan la realización de una actividad o de una función considerada normal para un ser humano”.

⁴⁹⁴ Sus programas de trabajo, sus informes anuales, así como numerosa información sobre sus actividades pueden consultarse en el sitio web del Foro: <http://www.edf-feph.org>.

⁴⁹⁵ Decisión del Consejo, de 21 de septiembre de 1993, sobre una iniciativa tecnológica comunitaria para las personas mayores y las personas con discapacidades (TIDE) (DO N° L 240, de 25 de septiembre de 1993, p. 42).

⁴⁹⁶ Libro Verde sobre la Política Social Europea, de 17 de noviembre de 1993, Opciones para la Unión (COM (93) 551 final).

Contreras y Riego Villa, el hecho de que no se le preste una consideración detenida y pormenorizada viene a significar la culminación de su proceso de autonomía respecto a la política social comunitaria globalmente considerada⁴⁹⁸. Conviene destacar un párrafo especialmente interesante del punto 22 del apartado “Promover la integración social de los minusválidos” del Libro Blanco:

“[...] A menudo hay que adaptar la ayuda a la gravedad de una discapacidad. Sin embargo, como grupo, los discapacitados se enfrentan, sin duda, a una gama amplia de obstáculos que les impiden alcanzar una integración económica y social completa. Hay, por tanto, una necesidad de incorporar el derecho fundamental de la igualdad de oportunidades a las políticas de la Unión”.

La última afirmación representa el cambio de orientación en la formulación general de las políticas sobre discapacidad de la Unión Europea, basado fundamentalmente en la aportación de las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. Es el paso definitivo desde el enfoque asistencial de la discapacidad al modelo social y el reconocimiento de derechos. Para Quinn y Degener, con esta declaración asistimos a un *replanteamiento político* por parte de la Comisión que, como tal, comenzará a producir resultados en los años posteriores⁴⁹⁹.

Esta dinámica se consolida con la *resolución del Parlamento Europeo*, de 14 de diciembre de 1995, *sobre los derechos humanos de los minusválidos*⁵⁰⁰. De ella deben señalarse tres aspectos especialmente relevantes por su carácter novedoso. En primer lugar, como ya se intuye por el título de la resolución, se recoge en su punto A la afirmación de que la discriminación por razón de discapacidad produce violaciones de derechos humanos. Este reconocimiento explícito, que ya se había apuntado en el Libro Verde de la Comisión, supone un avance fundamental para el

⁴⁹⁷ Libro Blanco sobre la Política Social Europea, de 27 de julio de 1994, Un paso adelante para la Unión (COM (94) 333 final).

⁴⁹⁸ M. López Contreras y J. Riego Villa, *op. cit.*, p. 98.

⁴⁹⁹ G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 102.

⁵⁰⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los *minusválidos* (DO N° C 17, de 22 de enero de 1996, p. 196).

reconocimiento de los derechos de los ciudadanos europeos con discapacidad. En segundo lugar, en el punto C se recuerda que la discriminación que sufren las personas con discapacidad va más allá de la discriminación directa, e incluye también la indirecta. Y en tercer lugar, el Parlamento insta a la Comisión y a los Estados miembros a que, en la próxima revisión del Tratado, se establezca una cláusula *antidiscriminación* por razón de discapacidad.

Pero si hubiese que poner fecha al cambio de modelo en el planteamiento comunitario en materia de discapacidad, sin duda, el año elegido sería 1996. El 30 de julio, la Comisión presentó la *Comunicación sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía*⁵⁰¹. En ella consideraba esencial que la Comunidad Europea clarificase, primero, y confirmase, después, su estrategia global en materia de discapacidad.

La nueva estrategia que se propone, basada en el esquema de las Normas Uniformes de Naciones Unidas, gira en torno al modelo de igualdad de oportunidades, que implica la igualdad efectiva en el ejercicio de los derechos por parte de las personas con discapacidad⁵⁰². En este sentido, supone la proclamación formal de la asunción del enfoque basado en los derechos humanos⁵⁰³. La Comisión proclama en su Comunicación que el principio de la igualdad de oportunidades, que engloba a su vez el principio de la no discriminación, “se considera en la actualidad como el punto de referencia obligado al cual deben remitirse las

⁵⁰¹ Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con *minusvalía* (COM (96) 406 final).

⁵⁰² En este sentido, Mark Priestley se plantea hasta qué punto el cambio de estrategia surgió como respuesta a los desarrollos internacionales externos, o más bien como contestación a las reclamaciones internas relativas a los derechos de ciudadanía y no discriminación. Esto es, si el cambio nace de dentro o de fuera de la Unión. M. Priestley, “In search of European disability policy: Between national and global”, 1 *Revue Européen de Recherche sur le Handicap* (2007), p. 72. Más allá de esta consideración, cabe plantearse si ambos fenómenos son realmente independientes, o más bien uno vino motivado por el otro, y viceversa.

⁵⁰³ En el mismo sentido, véase por ejemplo F. Ast, “Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l’Union européenne”, en VV. AA., *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruselas: Bruylant, 2004, p. 83.

estructuras económicas y sociales y como el fundamento del planteamiento basado en el reconocimiento de los derechos de las personas con minusvalía”⁵⁰⁴.

La igualdad es uno de los valores básicos en la regulación, tanto nacional como internacional, de los derechos humanos. Para Quinn, el modelo inspirado en la igualdad de oportunidades representa en la actualidad el enfoque dominante de la discapacidad desde la perspectiva basada en el reconocimiento de derechos⁵⁰⁵. Dicho modelo —continúa el autor— sitúa la cuestión fundamental, no en la propia persona, sino en el diseño de las estructuras sociales y económicas. Consecuentemente, el objetivo perseguido debe consistir en identificar y eliminar las barreras que impiden la inclusión⁵⁰⁶.

En el contexto de la discapacidad, la igualdad de oportunidades exige una serie de actuaciones por parte de los poderes públicos, que pueden estructurarse como fases de un proceso diseñado con el fin de acabar con los obstáculos existentes⁵⁰⁷. En primer lugar, el modelo expuesto requiere realizar de forma progresiva una serie de cambios en las estructuras del entorno orientados a eliminar todas aquellas barreras que impiden el acceso efectivo de las personas con discapacidad a ámbitos como el transporte, los servicios públicos o las comunicaciones. Las actitudes sociales negativas también tienen la consideración de barrera, por lo que de igual forma deberán adoptarse medidas dirigidas a modificarlas. Seguidamente, es necesario *preparar* para la participación a las propias personas con discapacidad, mediante un sistema de educación y formación que desarrolle al máximo sus capacidades. Por último, el proceso se completaría con una ley que prohibiese la discriminación no sólo en la esfera pública, sino también en la privada, sobre todo en el ámbito del empleo.

⁵⁰⁴ Punto 2, párrafo 18.

⁵⁰⁵ G. Quinn, “The Human Rights of People with Disabilities under EU...”, *op. cit.*, p. 291.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, pp. 290 y 291.

⁵⁰⁷ Estas formas de acción se describen de forma más detallada en G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 11 y ss. Véase también G. Quinn, “The Human Rights of People with Disabilities under EU ...”, *op. cit.*, p. 290.

Pese a atribuir a los Estados la responsabilidad primaria en la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, la Comisión considera que la Comunidad debe aportar a ese proceso un valor añadido, el cual estará basado fundamentalmente en potenciar del diálogo y favorecer la integración en ámbitos como el empleo o la sociedad de la información⁵⁰⁸.

En consecuencia, con su Comunicación, el objetivo inmediato de la Comisión era lograr el compromiso de los Estados miembros, así como de las propias instituciones comunitarias, en especial del Consejo. Es por ello que en el texto se propone reiteradamente la adopción del planteamiento descrito a través de la aprobación de una Resolución sobre la igualdad de oportunidades. Y esa respuesta, a modo de *refrendo*, no tardó en llegar⁵⁰⁹. Mediante su *Resolución de 20 de diciembre*, el Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reafirmaron su compromiso con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación como fundamento de las políticas globales sobre discapacidad⁵¹⁰.

Mediante esta Resolución el Consejo vino a hacer suyo el nuevo enfoque basado en el reconocimiento de derechos, y aunque la misma no fue todo lo extensa que podía desearse, ya que no trata ninguna cuestión en detalle, su significación, sobre todo política, es indudable.

Otro de los momentos determinantes en el tratamiento comunitario de la discapacidad se produce en 1997, con la reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam en el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Por primera vez en el ámbito comunitario se introduce una referencia expresa a la

⁵⁰⁸ Las actuaciones concretas se describen en el punto 4 de la Comunicación. Puede encontrarse un análisis sistematizado de las líneas estratégicas de actuación propuestas por la Comisión en E. Garrido Pérez., *op. cit.*, pp. 175 y ss.

⁵⁰⁹ La doctrina ha coincidido a la hora de calificar como *refrendo* de la Comunicación presentada por la Comisión dicha Resolución del Consejo. Véase R. de Lorenzo, "La Protección Jurídica...", *op. cit.*, p. 69, o también E. Garrido Pérez., *op. cit.*, p. 175.

⁵¹⁰ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con *minusvalías* (DO N° C 12, de 13 de enero de 1997, p. 1).

discriminación por discapacidad en un texto de rango convencional. En dicho artículo se incluye explícitamente la discapacidad como causa de discriminación, frente a la cual el Consejo podrá adoptar, bajo unos requisitos determinados, las acciones adecuadas. Como se verá, esta previsión trajo consigo importantes consecuencias. Con ello, las instituciones europeas salían al paso de las críticas recibidas por la ausencia de base legal que permitiese combatir la discriminación motivada en la discapacidad⁵¹¹.

Antes de finalizar la década, el Consejo adoptó dos medidas destacables en relación con las personas con discapacidad: en 1998, una *Recomendación sobre la creación de una tarjeta de estacionamiento uniforme para los diferentes Estados miembros*⁵¹²; y en 1999, una *Resolución relativa a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el empleo*⁵¹³. En esta Resolución, cuyo fundamento se encuentra en la directriz 9 de las *Directrices para el empleo en 1999*⁵¹⁴, se traducían en políticas y medidas concretas el principio de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

En 2000 la Comisión presentó la *Comunicación “Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”*, en la que reconocía que, a pesar de lo hecho, todavía quedaba mucho por hacer “para convertir en realidad la participación plena

⁵¹¹ F. Bussacchini, “Legal Developments in the European Community in the Disability Field From Special Needs to Equal Rights-” en G. A. Dal y F. Krenc (Dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006. Una reflexión sobre la influencia de la atribución competencial en la política comunitaria en materia social con anterioridad a la reforma de Ámsterdam puede encontrarse en M. López-Contreras, “La política social de la Comunidad Europea. En especial, las acciones comunitarias de apoyo e integración de los minusválidos en Europa”, en S. Muñoz Machado (y otros), *La Integración Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1993, pp. 207-232.

⁵¹² Recomendación del Consejo, de 4 de junio de 1998, sobre la creación de una tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad (DO N° L 167, de 12 de junio de 1998, p. 25).

⁵¹³ Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con *minusvalías* (DO N° C 186, de 2 de julio de 1999, p. 3).

⁵¹⁴ Resolución del Consejo, de 22 de febrero de 1999, sobre las Directrices para el empleo en 1999 (DO N° C 69, de 12 de marzo de 1999, p. 2).

y la igualdad de acceso de las personas con discapacidad”⁵¹⁵. La Comisión, además de revisar las políticas fundamentales de la Unión Europea en relación con la discapacidad, pretendía dar un nuevo impulso a la estrategia comunitaria en la materia. Esta estrategia, como se vio en páginas anteriores, y así se insiste en el documento, debe partir de la premisa de que son las barreras del entorno, por encima de las limitaciones funcionales de la persona, las que implican mayores obstáculos a la participación social. Este enfoque, basado en la concepción social de la discapacidad, emana directamente del modelo propuesto en las Normas Uniformes de Naciones Unidas de 1993.

Como ya hiciera en su Comunicación de 1996, la Comisión indica que a pesar de que son Estados miembros los principales responsables en el ámbito de la discapacidad, las Instituciones comunitarias deben aportar un valor añadido con la finalidad de conseguir una igualdad de oportunidades efectiva. Ese valor añadido se articula en el texto a través de una mayor coordinación en diversos ámbitos especialmente relacionados con la discapacidad, como el empleo y la formación profesional, la educación, el transporte y la movilidad, el mercado interior, la sociedad de la información y las nuevas tecnologías, o la política de consumidores⁵¹⁶.

Ese mismo año, sobre la base del modificado artículo 13 TCE, el Consejo adoptó dos importantes instrumentos para luchar contra la discriminación⁵¹⁷: la *Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de*

⁵¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad (COM (2000) 284 final).

⁵¹⁶ En la traducción española de la Comunicación se abandona definitivamente el término “minusválido”, que a la luz de los estándares internacionales resultaba completamente inadecuado, para sustituirlo por el de “persona con discapacidad”. Aunque no era la primera vez que se empleaba la terminología propuesta por la Organización Mundial de la Salud, hasta este momento no se había hecho con la continuidad deseada, pues ambas expresiones se alternaban sin fundamento lógico en los textos inmediatamente anteriores.

⁵¹⁷ En realidad las medidas fueron tres, teniendo en cuenta que el Consejo también adoptó la Directiva 2000/43 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. Sin embargo, dado que su ámbito material no guarda relación con la discapacidad, su estudio queda fuera de la presente investigación.

*trato en el empleo y la ocupación*⁵¹⁸, y el *programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)*⁵¹⁹. En el marco jurídico comunitario, la Directiva constituye, dado su carácter vinculante, uno de los instrumentos jurídicos más valiosos — si no el que más — en materia de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

El 7 de diciembre de 2000, los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmaron y proclamaron en Niza la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*⁵²⁰. La Carta, que aglutina los derechos recogidos en los principales instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, contiene un artículo, el 26, específicamente destinado al reconocimiento y respeto del “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”. Además, en el artículo 21, que prohíbe la discriminación, se menciona expresamente la discapacidad como causa de la misma.

A pesar de que la Carta de los Derechos Fundamentales carece de valor jurídico vinculante, su significación política es enorme. De hecho, como se verá, su texto fue, primero, integrado en el fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y después, reconocido con valor jurídico vinculante en el Tratado de Lisboa de 2007, que todavía no ha entrado en vigor.

Mediante *Decisión de 3 de diciembre de 2001*⁵²¹, el Consejo declaró 2003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, con el objetivo principal de

⁵¹⁸ 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 (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16).

⁵¹⁹ Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 23).

⁵²⁰ DO N° C 364, de 18 de diciembre de 2000, p. 1.

⁵²¹ Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad (DO N° L 335, de 19 de diciembre de 2001, p. 15).

promover la igualdad de oportunidades de estas personas, a través de, básicamente, la sensibilización y concienciación social.

Tanto los Estados miembros como las instituciones europeas realizaron numerosas actividades de muy variada naturaleza a lo largo del año. De entre todas ellas, conviene destacar en este punto las llevadas a cabo por el Consejo en el marco de sus competencias. El 6 de febrero adoptó una *Resolución sobre "Accesibilidad electrónica"*, en la que invitaba a los Estados miembros y a la Comisión a aprovechar las posibilidades que para las personas con discapacidad tiene la sociedad de la información, así como a eliminar las barreras (incluidas las jurídicas) que les impiden participar en la sociedad del conocimiento⁵²². En otras dos Resoluciones, de 5 y 6 de mayo, el Consejo hizo un llamamiento para fomentar y apoyar la plena integración y la accesibilidad en la educación y la cultura, respectivamente, conforme al contenido de los artículos 6 y 10 de las Normas Uniformes⁵²³.

Finalmente, el 15 de julio de aquel año, el Consejo adoptó *otra Resolución sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad*⁵²⁴. En esta Resolución, que debe ser puesta en conexión con las Resoluciones de 1996 y 1999 sobre igualdad de oportunidades⁵²⁵, se invita a los Estados y la Comisión a proseguir con los esfuerzos realizados hasta el momento, así como a desarrollar

⁵²² Resolución del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre "Accesibilidad electrónica" Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento (DO N° C 39, de 18 de febrero de 2003, p. 5).

⁵²³ Resoluciones del Consejo, de 5 de mayo de 2003, sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 6), y de 6 de mayo de 2003, sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 7).

⁵²⁴ Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y la inclusión social de las personas con discapacidad (DO N° C 175, de 24 de julio de 2003, p. 1).

⁵²⁵ Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con *minusvalías* (DO N° C 012, de 13 de enero de 1997, p. 1); y de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con *minusvalías* (DO N° C 186, de 2 de julio de 1999, p. 3).

nuevas medidas que permitan la consecución de los objetivos de integración y participación de las personas con discapacidad.

Asimismo, la Comisión presentó a lo largo de 2003 dos comunicaciones relativas a la discapacidad. En la primera de ellas, de 24 de enero, la Comisión manifiesta su respaldo a la elaboración de un instrumento jurídicamente vinculante por las Naciones Unidas para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad⁵²⁶, esto es, la actual Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En su segunda Comunicación, la Comisión puso en marcha, con el fin de aprovechar el impulso generado por el Año Europeo para consolidar la dimensión de la discapacidad en todos los aspectos de la Unión, un plan de acción plurianual dirigido a alcanzar la igualdad de oportunidades efectiva de las personas con discapacidad⁵²⁷.

Otro de los logros de ese año que conviene resaltar fue la inclusión de una sección sobre personas con discapacidad en el *Informe Anual de la Unión Europea sobre los Derechos Humanos*⁵²⁸. En estos Informes Anuales se analizan las políticas y acciones concretas en materia de derechos humanos desarrollados durante un periodo determinado, tanto dentro como fuera de la Unión. Este hecho puede ser tomado como un indicador de la consolidación de la discapacidad como cuestión de derechos humanos en el panorama europeo.

Sin embargo, no todo fueron éxitos a lo largo de 2003, y uno de los grandes objetivos que se habían marcado para el Año Europeo, como era la adopción de una Directiva específica sobre los derechos de las personas con discapacidad en

⁵²⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de enero de 2003, “Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad” (COM (2003) 16 final).

⁵²⁷ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM (2003) 650 final).

⁵²⁸ Sección 4.2.12 del Informe de 2003.

aquellos ámbitos donde la Unión tuviese competencia, todavía no se ha conseguido. Esto demuestra que, a pesar de los grandes esfuerzos realizados, aún queda un largo camino por recorrer para que, algún día, las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas. En ese sentido, el Foro Europeo de la Discapacidad puso en marcha durante 2007 una campaña que, bajo el nombre “Un millón para la discapacidad”, pretendía recoger un millón de firmas de ciudadanos europeos reclamando una legislación específica sobre los derechos de las personas con discapacidad. Si bien la Comisión no está jurídicamente obligada a considerar esta petición, el hecho de que se hayan recogido más de 1.200.000 firmas por toda Europa es una seria invitación a una reflexión más profunda por parte de las instituciones.

Sí se han registrado avances en ámbitos de actuación más específicos. Recientemente el Parlamento y el Consejo aprobaron el *Reglamento 1107/2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo*⁵²⁹. Este texto constituye, y así se ha encargado de recordarlo el propio Parlamento Europeo⁵³⁰, el primer texto comunitario de naturaleza vinculante específicamente dirigido a la protección de derechos en el contexto de la discapacidad⁵³¹. Con este Reglamento, la Comunidad trata de preservar, sobre la base de la prestación de asistencia y la prohibición de denegar la reserva o el embarque por razón de discapacidad, el derecho que cualquier ciudadano tiene, con independencia de su discapacidad o movilidad reducida, a la libertad de circulación, elección y no discriminación en el ámbito del transporte aéreo.

⁵²⁹ Reglamento 1107/2006, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DO N° L 204, de 26 de julio de 2006, p. 1).

⁵³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de noviembre de 2006, sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción Europeo 2006-2007 (DO N° C 316, de 22 de diciembre de 2006, p. 370).

⁵³¹ Como se ha visto, los demás instrumentos normativos, o bien carecían de obligatoriedad jurídica, o bien regulaban tangencialmente la discapacidad, considerada como un supuesto más de discriminación entre otros.

Finalmente, el 30 de marzo de 2007 la Comunidad Europea firmó la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Ese día pasará a la historia por ser la primera vez que la Comunidad Europea firma un Tratado de derechos humanos de ámbito universal. No obstante, la Convención se encuentra todavía pendiente de ratificación por parte de la Comunidad.

2.2.2 El artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, y en vigor desde el 5 de mayo de 1999, introdujo diversas reformas de relevancia en el ámbito comunitario⁵³². Algunas de estas reformas entraron de pleno en la cuestión de la discapacidad.

Con el objetivo de reforzar el principio de no discriminación, se introdujo el nuevo artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea⁵³³ (artículo 6 A del Tratado de Ámsterdam), que establece lo siguiente:

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

De esta manera, la discapacidad se reconoce por primera vez como causa de discriminación en un texto comunitario de naturaleza convencional. Esta inclusión en el Tratado no fue fruto de la casualidad, sino el resultado de muchos años de reivindicaciones por parte del activismo de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad.

⁵³² Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, y en vigor desde el 5 de mayo de 1999.

⁵³³ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y en vigor desde el 1 de enero de 1958.

De la simple lectura del artículo puede advertirse que, como tal, no prohíbe por sí mismo la discriminación basada en los motivos citados, sino que se limita a autorizar al Consejo para que pueda adoptar medidas destinadas a luchar contra la discriminación. En este sentido, las negociaciones de los Estados propiciaron la modificación del artículo tal como figuraba en el informe presentado por el “grupo de reflexión” presidido por Carlos Westendorp⁵³⁴. En aquél informe se prohibía la discriminación, entre otras, por razón de la discapacidad, de una forma similar a como actualmente lo hace el artículo 12 del Tratado por razones de nacionalidad⁵³⁵.

El precepto está dotado de un carácter fundamentalmente potestativo, en cuanto se limita a autorizar al Consejo, a modo de habilitación, para que pueda adoptar dichas acciones. Consecuentemente, la realización de las mismas no es obligatoria, por lo que su ejecución dependerá únicamente del criterio de oportunidad de la Comunidad. Además, se exige que cualquier acción que se pretenda, deba ser adoptada por unanimidad de todos los miembros del Consejo. Esto limita de forma importante el potencial del artículo 13, pues la oposición de un solo Estado miembro impide la adopción de cualquier tipo de medida.

El papel de las otras instituciones comunitarias en la lucha contra la discriminación es reducido. La Comisión será quien efectúe la propuesta concreta al Consejo, y éste deberá consultar el Parlamento Europeo, aunque no quedará vinculado por sus recomendaciones en ningún momento. Las organizaciones de personas con discapacidad han criticado el hecho de que, en este proceso, el Parlamento Europeo quede relegado en un segundo plano, dado que viene siendo

⁵³⁴ Con el fin de estudiar las posibilidades de reforma del Tratado de Maastricht, en 1995 se encomendó a un “grupo de reflexión” encabezado por Carlos Westendorp, Secretario de Estado de Asuntos Europeos español, la elaboración de un informe que sirviese para preparar el terreno para las futuras negociaciones. Dicho informe fue presentado a finales del citado año, en el Consejo Europeo de Madrid.

⁵³⁵ Artículo 12 TCE: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”.

una de las instituciones que, tradicionalmente, ha mostrado mayor interés por su situación.

Sobre las medidas concretas que pueden adoptarse, el artículo simplemente habla de “acciones adecuadas para luchar contra la discriminación”. Esta indeterminación ha llevado a algunos autores como Richard Whittle a considerar que la Comunidad tiene la opción de adoptar cualquier tipo de medida, sea o no vinculante desde el punto de vista jurídico⁵³⁶. Además, sobre la base de la expresión citada puede argumentarse que el artículo 13 permite la adopción tanto de acciones encaminadas a prohibir la discriminación, como de medidas de naturaleza afirmativa o de discriminación positiva⁵³⁷.

El ámbito material de las medidas está limitado a las competencias atribuidas a la Comunidad por el Tratado. Esto reduce la capacidad de actuación a esferas como el empleo, el mercado común, los transportes o las telecomunicaciones. Pese a ello, supone también una garantía de que, con independencia de la naturaleza de la medida adoptada, el principio de atribución de competencias se verá respetado.

Finalmente, la expresión “sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado” parece indicar que más allá del artículo 13 del TCE, podrían existir otros preceptos que sirviesen de fundamento jurídico a la adopción de medidas que combatan la discriminación en una regulación de carácter sectorial⁵³⁸.

De todo lo expuesto puede deducirse que, por un lado, el artículo carece de eficacia directa, y por otro, que no reconoce por sí mismo derecho alguno a las personas con discapacidad⁵³⁹. Esto ha llevado a la doctrina a considerar que, con la

⁵³⁶ R. Whittle, “Disability Rights after Amsterdam: the way forward”, 1 *European Human Rights Law Review* (2000) pp. 33 y ss.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Añade Whittle que esta previsión obliga a la Comisión a justificar el motivo de la elección del artículo 13 como fundamento de una medida determinada, si el mismo objetivo pudiera ser alcanzado mediante el empleo de cualquier otra base jurídica en el Tratado. *Ibid.*

⁵³⁹ Véase Foro Europeo de la Discapacidad, *Guide to the Amsterdam Treaty*, Bruselas: EDF, 1998, p. 24.

reforma de Ámsterdam, los derechos sociales fueron concebidos más desde un punto de vista programático que jurídico⁵⁴⁰. Asimismo se ha criticado, no sólo que el precepto se limite a autorizar la adopción de medidas contra la discriminación sin prohibirla expresamente, sino que al referirse a esta, omita cualquier referencia a la discriminación indirecta tan significativa en el caso de la discapacidad⁵⁴¹.

No obstante, sin dejar de lado estas consideraciones, también ha sido objeto de reconocimiento el avance que supone la inclusión de la discriminación por razón de discapacidad por primera vez en el texto de los tratados⁵⁴². Además, las posibilidades que ofrece este artículo, como base jurídica para la adopción de futuras normas y políticas destinadas a combatir la discriminación en el ámbito comunitario, son enormes. El ejemplo más claro de este potencial es la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que se trata a continuación.

Por otro lado, hubo más referencias a la discapacidad en la reforma de Ámsterdam, aunque no con la relevancia de la anterior. En el Acta final del Tratado se incluyó una declaración al antiguo artículo 100 A (nuevo artículo 95) que establecía que:

"La Conferencia conviene en que las instituciones comunitarias, al elaborar medidas con arreglo al artículo 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, deberán tener en cuenta las necesidades de las personas discapacitadas".

El artículo 95 se refiere a la adopción de medidas legislativas comunitarias dirigidas a la consecución del mercado interior. Es un claro ejemplo de la puesta en marcha de la estrategia de *mainstreaming* o transversalidad por las Instituciones comunitarias. Aunque, como tal, la declaración no tiene fuerza vinculante, ni puede ser invocada ante la jurisdicción competente, goza sin embargo, de un cierto valor interpretativo, y sobre todo, está dotada de una importante carga política. En este

⁵⁴⁰ D. Mabbett, "The Development of Rights-Based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights", 43 *Journal of Common Market Studies* (2005), pp. 97-120.

⁵⁴¹ G. Quinn, "The Human Rights of People with Disabilities under EU ...", *op. cit.*, p 315.

⁵⁴² G. Quinn y T. Degener, "A Survey...", *op. cit.*, pp. 105 y ss.

sentido, cabe resaltar que desde 1997, las Instituciones han cumplido en numerosas ocasiones con el cometido del artículo 95, incorporando la perspectiva de la discapacidad al regular otras materias. Ejemplo de ello son, entre otras, la Directiva 2001/85 relativa a los vehículos utilizados para el transporte de pasajeros⁵⁴³ y la Directiva 2004/27 que establece las normas comunitarias relativas a los medicamentos⁵⁴⁴.

La reforma introducida por el Tratado de Ámsterdam no sólo dotó de competencias expresas en materia de discriminación por razón de discapacidad a la Comunidad Europea, sino que contribuyó a aminorar la *invisibilidad* de estas personas. Incluso quizá con cierta exageración se ha llegado a afirmar que “el tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea tiene una prehistoria que va hasta el Tratado de Ámsterdam y una historia que comienza con él”⁵⁴⁵.

2.2.3 La Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación

Sobre la base jurídica que brindaba el artículo 13 del Tratado CE, la Comisión presentó en 1999 tres propuestas dirigidas a luchar contra la discriminación. Un año después, tras realizar las modificaciones oportunas, el Consejo adoptó tres instrumentos jurídicos diferentes: la Directiva 2000/43 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen

⁵⁴³ Directiva 2001/85/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, relativa a las disposiciones especiales aplicables a los vehículos utilizados para el transporte de viajeros con más de ocho plazas además del asiento del conductor, y por la que se modifican las Directivas 70/156/CEE y 97/27/CE (DO N° L 42, de 13 de febrero de 2002, p. 1). En ella se regulan diversos aspectos relacionados con la accesibilidad de estos vehículos para las personas con discapacidad y movilidad reducida.

⁵⁴⁴ Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano (DO N° L 136, de 30 de abril de 2004, p. 34). En la modificación que introduce la Directiva se prevé que, en el envase de cualquier medicamento, la denominación del mismo esté indicada en alfabeto braille y en formatos apropiados para las personas invidentes o con visión parcial.

⁵⁴⁵ F. Alonso Soto, “Tratamiento de la Discapacidad en la Unión Europea”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, p. 320.

racial o étnico⁵⁴⁶; la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; y el programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)⁵⁴⁷.

De entre estas medidas, dado su carácter jurídico vinculante y su aplicación al ámbito de la discapacidad, la Directiva sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación constituye uno de los instrumentos jurídicos más importantes en el tratamiento comunitario de los derechos de las personas con discapacidad.

La finalidad de la Directiva 2000/78 consiste en establecer “un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación”, y todo ello con el objetivo de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato (artículo 1).

Destaca en este marco general su carácter sectorial así como vinculante. Sectorial, porque limita su alcance a la esfera del empleo y la ocupación, que según el artículo 3 (“Ámbito de aplicación”), incluye las condiciones de acceso al empleo, el acceso a todos los tipos y niveles de orientación y formación profesional, las condiciones de empleo y trabajo, y la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios⁵⁴⁸. Asimismo, este artículo extiende su aplicación “a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado”. Y vinculante porque el instrumento escogido para desarrollar dicho marco es una Directiva, que como tal, obliga a los Estados miembros destinatarios de la misma en cuanto al resultado previsto, si bien deja a los mismos la elección de la forma y los

⁵⁴⁶ DO N° L 180, de 19 de julio de 2000, p. 22.

⁵⁴⁷ Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 23).

⁵⁴⁸ Se excluyen expresamente del ámbito material del artículo la diferencia de trato por motivos de nacionalidad (3.2), así como los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos o asimilados (3.3). Se prevé además, bajo el criterio de los Estados, la posibilidad de no aplicar la Directiva a las Fuerzas Armadas en lo relativo a la discriminación basada en la discapacidad y en la edad (3.4).

medios. Esto supone un valor añadido fundamental respecto a las anteriores resoluciones y recomendaciones en la materia. Entiende Waddington que uno de los propósitos de la Comunidad cuando optó por la Directa como norma jurídica que regulase la materia era establecer un nivel mínimo de protección que cada Estado pudiese desarrollar e incrementar a la hora de transponerla a sus legislaciones nacionales⁵⁴⁹.

Por otro lado, el marco general se refiere exclusivamente a la lucha contra la discriminación motivada en la religión o las convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual⁵⁵⁰. Quedan excluidos los supuestos discriminación por razón de raza u origen étnico, a los que la Directiva 2000/43 proporciona un tratamiento específico.

Sin embargo, no existe definición alguna de discapacidad en el texto de la Directiva. La falta de previsión de un concepto que permita unificar criterios supone que sea cada Estado miembro quien determine qué supuestos quedan incluidos o no dentro del término “discapacidad”. Ahora bien, como ya se vio, la dificultad que supone conceptuar la discapacidad no es un problema nuevo, y en ocasiones, se ha preferido utilizar un concepto jurídicamente indeterminado antes que limitar el posible alcance de un texto normativo. Un propósito loable pero arriesgado, pues como señala Whittle, el mal funcionamiento de los aspectos principales de una norma dirigida a combatir la discriminación, como puede ser en este caso la ausencia de una definición de la discapacidad, puede ser un lastre fundamental para el éxito de dicha norma⁵⁵¹. Como se vio, este hecho ha obligado al

⁵⁴⁹ L. Waddington, “Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for exercising National Discretion”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, p. 133.

⁵⁵⁰ No obstante, debido al objeto del presente trabajo, el estudio que sigue se centrará únicamente en la discriminación por razón de discapacidad.

⁵⁵¹ R. Whittle, “The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, 27 (3) *European Law Review* (2002) pp. 325 y 326.

Tribunal de Justicia a pronunciarse al respecto, delimitando la discapacidad a través de un enfoque muy criticable⁵⁵².

El propósito de la Directiva es conseguir que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Este principio debe ser entendido, según se precisa en el artículo 2, como “la ausencia de toda discriminación directa o indirecta” basada, entre otros motivos, en la discapacidad. Existirá discriminación directa cuando “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” por razón de su discapacidad. Estaremos, en cambio, ante un supuesto de discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas”.

Se regulan en el texto diversos supuestos en lo que a pesar de existir una diferencia de trato, no será considerada como discriminatoria. Entre esos supuestos se encuentran las acciones positivas. Según el apartado segundo del artículo 7, el principio de igualdad de trato “no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”. Esto permite la adopción de una determinada tipología de medidas que, por otro lado, son prácticas habituales en las legislaciones nacionales, como pueden ser la previsión de incentivos y beneficios fiscales o el establecimiento de cupos o cuotas de puestos de trabajo reservados⁵⁵³.

Otro de los aspectos esenciales regulados en la Directiva son los ajustes razonables, que además, están exclusivamente dirigidos a las personas con

⁵⁵² Véanse las pp. 28 y 29 de esta tesis.

⁵⁵³ E. Garrido Pérez., *op. cit.*, p. 188.

discapacidad, quedando fuera de su ámbito de aplicación los supuestos de discriminación en el empleo y la ocupación por razón de religión, convicciones, edad u orientación sexual. Los ajustes razonables consisten en la adopción de medidas por parte de los empresarios que faciliten el acceso, el mantenimiento o el progreso en el empleo a las personas con discapacidad⁵⁵⁴.

La fecha límite para la transposición de la Directiva 2000/78 era el 2 de diciembre de 2003, aunque se incluía la posibilidad de prorrogar el plazo, con ciertas condiciones, tres años más (artículo 18). La elección de esta fecha no fue arbitraria, pues el día 3 de diciembre — el primer día tras finalizar el plazo — se celebra el día internacional y europeo de las personas con discapacidad, y 2003 fue declarado Año Europeo de las Personas con Discapacidad.

En España, dicha transposición se realizó a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que introdujo un amplio conjunto de medidas y reformas de naturaleza fiscal, administrativa y, sobre todo, laboral⁵⁵⁵.

Aart Hendriks ha señalado que uno de los principales logros de la Directiva, como medida de desarrollo de la previsión del artículo 13 TCE, consiste en crear un acercamiento entre el modo europeo de regular la discapacidad, tradicionalmente vinculado a las políticas de bienestar social, y el modelo norteamericano, de naturaleza más individualista, basado en un enfoque de derechos civiles⁵⁵⁶. En efecto, las particularidades de la regulación comunitaria de la discapacidad — consecuencia, por otro lado, de sus limitaciones competenciales en la materia — han derivado en un modelo *sui generis* en el que, a pesar de su reciente aparición, ya se vislumbran caracteres propios de ambos enfoques. La construcción pragmática e individualista del modelo anglosajón de la discapacidad se ve

⁵⁵⁴ Los ajustes razonables son objeto de estudio en las pp. 320 y ss. de esta tesis.

⁵⁵⁵ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 de diciembre de 2003).

⁵⁵⁶ A. Hendriks, “Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 188 y ss.

complementada por las políticas y estructuras propias de los Estados sociales de tradición continental.

2.2.4 La Carta de Derechos Fundamentales

El 7 de diciembre de 2000 culminó el proceso que meses antes había comenzado con el Consejo de Europeo de Colonia de 1999, cuando los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión firmaron y proclamaron en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ella se recogieron los derechos y libertades fundamentales reconocidos de forma especial por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros.

Con la Carta no se pretendía crear nuevos derechos, sino que la finalidad de la misma era dotar de visibilidad a los ya reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados de la Unión y por la jurisprudencia comunitaria. No obstante, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea supuso una novedad en el ámbito de la discapacidad, pues la reguló explícitamente en dos de sus artículos. En concreto, los artículos 21.1 y 26, ubicados en el Capítulo relativo a la igualdad, reconocen derechos cuya titularidad corresponde a las personas con discapacidad.

En primer lugar, el artículo 21.1 prohíbe cualquier discriminación por, entre otras, razones de discapacidad:

“Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

Este precepto supone un avance importante respecto al ya citado artículo 13 del TCE. Mientras que aquél se limitaba a posibilitar la adopción de medidas para combatir la discriminación, ahora dicha previsión queda superada, pues el artículo

21 prohíbe toda discriminación, citando expresamente la discapacidad como origen de la misma⁵⁵⁷.

Por otro lado, el artículo 26, bajo el enunciado “Integración de las personas discapacitadas”, establece lo siguiente:

“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”.

El origen de este artículo se encuentra en el artículo 15 de la Carta Social Europea⁵⁵⁸, y el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁵⁵⁹.

Dos críticas fundamentales pueden hacerse de este artículo. Una de naturaleza formal, referida a la expresión “personas discapacitadas”, y otra material, sobre el contenido concreto del artículo.

Lo cierto es que resulta, al menos, sorprendente que la terminología utilizada en la Carta de Derechos Fundamentales sea “personas discapacitadas” en lugar de “personas con discapacidad”. Este hecho es difícil de explicar si tenemos en cuenta que, en los últimos años, las diversas instituciones comunitarias habían adoptado

⁵⁵⁷ En el mismo sentido, véase F. Alonso Soto, *op. cit.*, p. 328.

⁵⁵⁸ Artículo 15 de la Carta Social Europea (“Derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social”): “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

⁵⁵⁹ Según el punto 26 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores “todo minusválido, cualesquiera que sean el origen y la naturaleza de su minusvalía, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas encaminadas a favorecer su integración profesional y social. Estas medidas de mejora deben referirse, en particular, según las capacidades de los interesados, a la formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda”.

en sus trabajos la terminología formulada por la Organización Mundial de la Salud, a la que ya se ha hecho referencia en esta tesis.

La otra crítica que debe hacerse al artículo responde a una cuestión mucho más seria. Superada la confusión al que puede inducir una lectura superficial del precepto, supone una decepción que en el mismo no exista un reconocimiento efectivo de derechos. No existe en el artículo un derecho a la autonomía, la integración social y profesional o a la participación en la vida de la comunidad, sino que lo que el artículo establece es un derecho a beneficiarse de medidas orientadas a estos fines⁵⁶⁰.

Mientras que el artículo 21 establece una prohibición absoluta, el artículo 26 hace depender la autonomía, integración y participación de las personas con discapacidad de las medidas concretas que cada Estado miembro pueda establecer al respecto. Para Cabeza Pereiro y Fernández Prieto, esta diferencia “es una manifestación concreta de la dicotomía de las políticas sociales comunitarias, que oscilan entre dos polos: el de aquéllas traducidas en derechos subjetivos directamente accionables ante los órganos judiciales de los Estados miembros [...] y el de las que comportan prestaciones positivas por parte de los estados miembros, sometidas a la provisión de medios y de partidas presupuestarias y el establecimiento de prioridades”⁵⁶¹.

Consecuentemente, el progreso que se produce con esta regulación es cuestionable. Quinn y Degener califican de deficiente la redacción del artículo, en tanto consideran que se produce un retroceso hacia el modelo de servicios sociales, pues la persona con discapacidad es contemplada por los poderes públicos como

⁵⁶⁰ I. Biel Portero y A. Rey Aneiros, “La apuesta comunitaria...”, *op. cit.*, p. 222. En el mismo sentido, véase A. Mangas Martín, “Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas”, en A. Mangas Martín (dir.) y L. N. González Alonso (coor.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, p. 461.

⁵⁶¹ J. Cabeza Pereiro y M. Fernández Prieto, “Integración de las personas discapacitadas”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro II, Los Derechos y Libertades*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, p. 948.

objeto de protección, y no como titular de derechos efectivos⁵⁶². Quizá la expresión “deficiente” sea demasiado severa, pero parece más acertada que las utilizadas por quienes discrepan de la desafortunada redacción del artículo⁵⁶³.

Por otro lado, otra de las limitaciones de la regulación era su falta de fuerza vinculante, que impedía que la misma pudiese ser aplicada o invocada⁵⁶⁴. La Carta fue adoptada como una norma programática, sin vocación de obligatoriedad, por lo que no se llegó a introducir referencia alguna a la misma en los tratados. Aún cuando la Carta posee un valor político que la convierte — como señala Carrillo Salcedo — en “pieza clave en el proceso de constitucionalización de la integración política europea”⁵⁶⁵, su naturaleza no vinculante impedía cualquier reivindicación referida a los derechos en ella recogidos. Por ese motivo se decidió su incorporación al texto del Tratado por el que se estable una Constitución para Europa⁵⁶⁶. Así la Parte II del Tratado, relativa a los Derechos Fundamentales de la Unión reproducía, con nueva numeración, el articulado de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Los artículos 21 y 26 de ésta, se correspondían con los artículos II-81 y II-86 del Tratado.

La entrada en vigor del Tratado, que hubiese tenido lugar de haber sido ratificada por todos los Estados miembros de la Unión, habría dotado de carácter jurídicamente vinculante al catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Carta. Esto hubiese supuesto un avance sin precedentes para la Unión en materia

⁵⁶² G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁶³ Por ejemplo, Teresa Freixes parece considerar que la regulación de la discapacidad en la Carta de los Derechos Fundamentales es reflejo del abandono de la política asistencial en la materia. T. Freixes, “Legislación y jurisprudencia europeas sobre los incapaces psíquicos”, en A. Marzal (ed.), *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003, p. 245.

⁵⁶⁴ Un estudio sobre la eficacia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede encontrarse en L. M. Díez-Picazo, “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, 5 *Tribunales de Justicia* (2001), pp. 25 y ss.

⁵⁶⁵ J. A. Carrillo Salcedo, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, 9 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), p. 25.

⁵⁶⁶ Firmado en Roma, el 29 de octubre de 2004.

de derechos humanos, y especialmente en el ámbito de la discapacidad⁵⁶⁷. Sin embargo, este hecho nunca se produjo. Tras la negativa del pueblo francés y holandés en sendos referendos, y un incómodo proceso de reflexión, se decidió abandonar el proyecto de Tratado constitucional europeo.

En su lugar se decidió abordar la revisión de los Tratados, a través de una reforma mucho menos ambiciosa. Como consecuencia de la propuesta formulada por la canciller alemana Angela Merkel, en junio de 2007 fue convocada una Conferencia Intergubernamental encargada de redactar un proyecto de Tratado de reforma. Tras conseguir un acuerdo final sobre el texto, el 13 de diciembre de 2007 los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros firmaron en Lisboa el Tratado de Reforma⁵⁶⁸. En ese Tratado se reconocen los derechos y libertades enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, a la que, sin incorporarla formalmente en el texto, se le otorga el mismo valor jurídico que a los tratados⁵⁶⁹. Por tanto, los preceptos de la Carta gozarán de valor jurídico vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sin embargo, este hecho todavía no se ha producido, y las complicaciones que viene sufriendo el proceso de ratificación del Tratado no auguran una solución sencilla.

Aún con la incógnita que plantea el futuro inmediato del Tratado de Lisboa, ha de tenerse en cuenta que ya el simple hecho de incluir la discapacidad en la Carta de Derechos Fundamentales supone *per se* el reconocimiento de una realidad sistemáticamente olvidada, por lo que a nuestro juicio, merece una valoración positiva. Pero esto no debe servir para matizar las críticas en torno al artículo. En la sociedad europea actual, el reconocimiento puede ser importante, pero no

⁵⁶⁷ Puede encontrarse un estudio del potencial impacto del Tratado de Roma sobre la discapacidad en J. Moreno Gené, y A. M. Romero Burillo, "La protección de los discapacitados en la Constitución Europea", 57 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2005), pp. 435-454.

⁵⁶⁸ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, artículo 1 por el que se modifica, entre otros, el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea.

suficiente. Tan importante es dotar a la Carta de fuerza vinculante, como regular la discapacidad desde un prisma más acorde con las últimas tendencias internacionales en la materia.

2.2.5 El Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo

Uno de los objetivos que en los últimos años la Comisión ha ido asumiendo como propio es el de incrementar y mejorar la protección de los derechos de los pasajeros aéreos. Con el fin de sentar las bases de actuación comunitaria, la Comisión presentó en 2000 una Comunicación sobre la protección de los pasajeros aéreos en la Unión Europea⁵⁷⁰. Siguiendo esta trayectoria, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron en 2004 un Reglamento en el que se establecían las normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁵⁷¹. En su articulado se incluyeron diversas referencias a las personas con movilidad reducida o necesidades especiales, entre ellas, un artículo específico (artículo 11). No obstante, esta nueva regulación demostró ser insuficiente para asegurar la igualdad de trato y no discriminación de los pasajeros con discapacidad. Por ese motivo, la Comisión presentó en 2005 una propuesta de Reglamento sobre los derechos de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo⁵⁷². Finalmente, y tras realizar algunas modificaciones, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el 5 de julio

⁵⁷⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de junio de 2000: protección de los pasajeros aéreos en la Unión Europea (COM (2000) 365 final).

⁵⁷¹ Reglamento (CE) N° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) N° 295/91 (DO N° L 46, de 17 de febrero de 2004).

⁵⁷² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los derechos de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo (COM (2005) 47 final), presentada por la Comisión el 16 de febrero de 2005.

de 2006 el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo⁵⁷³.

Curiosamente, pese a las competencias que la Unión ha ido asumiendo en materia de no discriminación y discapacidad, la base jurídica del Reglamento radica en el artículo 80.2 del TCE que, enmarcado en el Título V, se refiere a la política común de transportes. En este sentido, Eliza Varney ha criticado del Reglamento el trato otorgado a las personas con discapacidad. Además de no existir referencia alguna a la dignidad humana en el texto, la profesora considera que las personas con discapacidad han sido reguladas como consumidores, y no tanto como ciudadanos, lo cual se ve reflejado en el espíritu de la norma, que se centra más en combatir la discriminación que en promover activamente la igualdad⁵⁷⁴.

El Reglamento tiene por objeto establecer “las normas de protección y asistencia de personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, tanto para protegerlas de la discriminación como para asegurar que reciban asistencia” (artículo 1.1). Tal como se explicita en el Considerando primero, tanto en el transporte aéreo como en otros ámbitos de la vida, las personas con discapacidad o movilidad reducida tienen el mismo derecho que todos los demás ciudadanos a la libertad de circulación, la libertad de elección y la no discriminación. Si el mercado único de servicios aéreos debe resultar beneficioso para todos los ciudadanos sin excepción, las personas con discapacidad o movilidad reducida “deben tener las mismas oportunidades de utilizar el transporte aéreo que los demás ciudadanos”. Con el Reglamento la Comunidad busca, según el Considerando 19, garantizar unos niveles de protección y asistencia elevados y equivalentes en todos los Estados miembros y asegurar que los agentes económicos operan en condiciones armonizadas en un mercado único.

⁵⁷³ *Cit.*

⁵⁷⁴ E. Varney, "Social Regulation in the Air Transport Industry – An Examination of Regulation 1107/2006 concerning the Rights of Disabled Persons and Persons with Reduced Mobility when travelling by Air", en 28 (2) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (2007), pp. 196 y ss.

En consecuencia, no podrá denegarse el transporte a estas personas alegando su discapacidad o movilidad reducida, excepto en algunos supuestos previstos en el Reglamento. Además, se les deberá prestar, sin coste adicional alguno, la asistencia necesaria que satisfaga sus necesidades particulares tanto en los aeropuertos como a bordo de los aviones. Para ello se hará uso del personal y del equipamiento necesarios.

El ámbito de aplicación, según el artículo 1.2., se extiende a las personas con discapacidad o movilidad reducida que utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de, transiten por o lleguen a un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro (sujeto a las disposiciones del Tratado). Por tanto, nos encontramos ante un ámbito de aplicación de naturaleza personal y material, en el que además de tener la consideración de persona con discapacidad o movilidad reducida, la salida, la llegada o el tránsito del vuelo debe realizarse en un aeropuerto comunitario. En el punto siguiente del artículo, se extiende la aplicación de los artículos 3, 4 y 10 del Reglamento (prohibición de denegar el embarque y asistencia prestada por las compañías aéreas) a aquellos supuestos en los que los pasajeros salgan del territorio situado en un tercer Estado con destino a un Estado miembro, si la compañía aérea operadora es comunitaria.

El artículo 2 del Reglamento establece que por “persona con discapacidad” o “persona con movilidad reducida” se entenderá “toda persona cuya movilidad para utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal), discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros”. Este concepto tan amplio, que recoge cualquier necesidad especial que por razón de discapacidad o edad se pueda dar,

responde a la voluntad garantista del legislador⁵⁷⁵. Sin embargo, si atendemos al contenido ya examinado de la CIF de 2001, quizá la expresión utilizada debiera haber sido “deficiencia” o “limitación” y no “discapacidad”.

El artículo 3 regula una de las cláusulas fundamentales del reglamento: la prohibición de denegar el embarque. La discapacidad o la movilidad reducida no pueden ser razones para menoscabar la libertad y la igualdad de trato en el transporte aéreo. Y lo hace diferenciando dos fases. Aquella en la que el ciudadano efectúa la reserva del vuelo; y ya en el aeropuerto, cuando el pasajero se dispone a efectuar el embarque. No obstante, se prevén en el articulado una serie de excepciones a dicha prohibición.

Asimismo, derivan del Reglamento un conjunto de obligaciones de cuyo cumplimiento serán responsables, fundamentalmente, las entidades gestoras de los aeropuertos, pero también las compañías aéreas (y en algunos casos sus agentes o los operadores turísticos). La principal obligación recogida en el texto consiste en prestar asistencia a estas personas según sus necesidades particulares. El contenido concreto de esta obligación se detalla en los anexos I y II. El deber de asistencia recaerá sobre la entidad gestora o la compañía aérea dependiendo del momento y lugar en el que surge la necesidad, diferenciando si la persona se encuentra en las instalaciones del aeropuerto o a bordo de la aeronave. En cualquier caso, la asistencia que se dispense no podrá suponer ningún coste adicional para la persona que tenga derecho a la misma.

El artículo 13 del Reglamento es tajante al establecer que las obligaciones impuestas por el mismo no podrán ser limitadas ni derogadas. Lo que sí se admite es que las compañías aéreas puedan convenir que éstas presten, sin cargo adicional, un servicio de nivel superior o servicios adicionales a los especificados.

⁵⁷⁵ De hecho, en un principio, la propuesta de la Comisión no incluía una referencia explícita de las personas con discapacidad, limitándose a las personas con movilidad reducida. Fue en una fase posterior cuando se decidió extender el ámbito subjetivo.

Respecto al procedimiento de reclamaciones el Reglamento simplifica de forma notable la tramitación, previendo la creación por cada Estado miembro de un organismo responsable del cumplimiento de las disposiciones del texto. Cuando una persona considere que sus derechos han sido vulnerados, y no encuentre satisfacción por parte de la entidad gestora o la compañía aérea, podrá presentar una reclamación ante el organismo competente⁵⁷⁶.

Si bien la entrada en vigor del Reglamento se produjo el día 15 de agosto de 2006 (esto es, a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea), no fue completamente aplicable hasta el 26 de julio de 2008⁵⁷⁷.

Por último, el artículo 17 señala que “no más tarde del 1 de enero de 2010, la Comisión presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la aplicación y los resultados del presente Reglamento” adjuntando, en su caso, “las propuestas legislativas pertinentes que detallen las disposiciones del presente Reglamento o las modifiquen”.

2.2.6 Las políticas comunitarias en materia de discapacidad

Es habitual que las Instituciones comunitarias acompañen de programas e iniciativas concretas sus actuaciones normativas. En la materia que nos ocupa, la finalidad no es otra que mejorar la situación de las personas con discapacidad en la Unión, ya que mediante aquellos se puede favorecer el respeto de sus derechos.

En muchas ocasiones, a través de estas políticas se han puesto en marcha programas y medidas sociales, generalmente de corte asistencial. Hay que tener en cuenta que el modelo de la discapacidad basado en el reconocimiento de derechos no excluye *per se* la existencia de medidas asistenciales complementarias. Esta incompatibilidad surge cuando la medida asistencial se articula, no como

⁵⁷⁶ El procedimiento de reclamación y sanciones, así como otras cuestiones relacionadas con el Reglamento, se tratan con detalle en I. Biel Portero, “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006”, 13 *RGDE* (2007), pp. 14 y ss.

⁵⁷⁷ Artículo 18.

instrumento, sino como fin en sí mismo⁵⁷⁸. De hecho, sin la previsión de estas medidas el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad se vería enormemente dificultado. Incluso, como ha puesto de manifiesto Lisa Waddington, estas medidas son parte esencial del actual enfoque comunitario de la discapacidad. Para la profesora, “indeed, it is perhaps the recognition of the need for social welfare measures which serves to distinguish the European approach from its American counterpart, where the emphasis is far more on addressing discrimination, with the goal of allowing disabled individuals to compete (not always with success) in the market”⁵⁷⁹. Como ya se ha visto, es esta armonización entre políticas y derechos lo que singulariza al modelo comunitario de la discapacidad.

A continuación se examinan las principales políticas comunitarias dirigidas a las personas con discapacidad, diferenciando entre los planes y programas básicamente destinados a la financiación de proyectos orientados a su integración, y aquellas medidas concretas que tienen por objeto la promoción de sus derechos

2.2.6.1 PROGRAMAS EUROPEOS DIRIGIDOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Tradicionalmente, la Unión se ha servido de estos planes y programas, generalmente dirigidos a la financiación de iniciativas y proyectos, con la finalidad de incrementar la efectividad de los derechos reconocidos a las personas con discapacidad, especialmente el derecho a la igualdad de oportunidades y la no discriminación.

⁵⁷⁸ Puede encontrarse una interesante reflexión al respecto en L. Waddington y M. Diller “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship Between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law”, en M. L. Breslin y S. Yee (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002, pp. 241-280. Para los autores las medidas de naturaleza asistencial sólo resultarían incompatibles con el modelo social de la discapacidad en tanto, basándose en el enfoque individual o médico, contribuyesen a excluir a las personas con una discapacidad, privándolas de la capacidad de decisión en torno a las mismas.

⁵⁷⁹ L. Waddington, *From Rome to Nice in a Wheelchair. The Development of a European Disability Policy*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006, p. 17.

a) Los programas HELIOS

El Consejo, de acuerdo con lo previsto en su resolución de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social⁵⁸⁰, estableció el primer programa europeo para la readaptación profesional de los *minusválidos*⁵⁸¹. Éste consistía en la realización de un conjunto de acciones con la finalidad de “mejorar las posibilidades de readaptación profesional” en todos sus aspectos, lo cual incluía la orientación, la formación, la colocación y la asistencia, durante el período de adaptación al empleo.

Como ya se dijo, el modelo que sigue el programa responde al enfoque tradicional, que considera a la persona con discapacidad como objeto necesitado de protección. En ese sentido, las medidas incluidas responden al propósito de paliar, mediante su readaptación y rehabilitación, las limitaciones que en el ámbito laboral acarrea la discapacidad.

El segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los *minusválidos*, adoptado mediante Decisión de 18 de abril 1988, recibió el nombre de HELIOS⁵⁸². El nuevo programa, que abarcaba el periodo comprendido entre 1988 y 1991, extendía el ámbito material, no sólo a la readaptación profesional, sino también a la integración económica y social y la vida autónoma de las personas con discapacidad⁵⁸³. Los objetivos de HELIOS consistieron en:

a) desarrollar, en los ámbitos del programa, un enfoque comunitario basado en las experiencias innovadoras más positivas de los Estados miembros;

⁵⁸⁰ DO N° C 13, de 12 de febrero de 1974, pp. 1-4.

⁵⁸¹ Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los *minusválidos* (DO N° C 80, de 9 de julio de 1974, p. 30).

⁵⁸² Decisión del Consejo, de 18 de abril de 1988, por la que se adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los *minusválidos* (HELIOS) (DO N° L 104, 231, de 23 de abril de 1988, p. 38).

⁵⁸³ Artículo 1.

b) desarrollar actividades de intercambio e información que, sin depender del Fondo Social Europeo, puedan aportar una contribución útil en la formación, la rehabilitación, la integración económica y social y la autonomía de las personas con discapacidad;

c) contribuir a la aplicación de las principales recomendaciones del Consejo hasta el momento (en particular, la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los *minusválidos*⁵⁸⁴, y la Recomendación de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los *minusválidos* en la Comunidad⁵⁸⁵).

d) proseguir, y ampliar si se considera necesario, el apoyo de la Comunidad a la cooperación europea de las organizaciones no gubernamentales;

e) prestar la atención adecuada a las necesidades de las mujeres *minusválidas* y las personas con responsabilidades específicas por el hecho de cuidar niños o adultos *minusválidos* en el hogar.

Para ello se incluyeron en el mismo, con un presupuesto global de 19 millones de ecus, dos tipos de medidas o acciones: las de carácter general y las específicas. Las acciones de carácter general, previstas en el artículo 4, se referían básicamente a actividades de coordinación e información. En el Anexo se incorporaba un listado de acciones específicas destinadas a alcanzar los objetivos previstos en el programa. Entre ellas, se preveía la coordinación, continuación y financiación del sistema Handynet, un sistema informatizado multilingüe de información, comunicación y cooperación sobre cuestiones relativas a las personas con discapacidad y los profesionales.

⁵⁸⁴ DO N° C 347, de 31 de diciembre de 1981, p. 14.

⁵⁸⁵ DO N° L 225, 379, de 12 de agosto de 1986, p. 43.

En 1993, un año después de la finalización de HELIOS, el Consejo puso en marcha HELIOS II⁵⁸⁶. Con el propósito de completar las acciones emprendidas por los Estados y dar continuidad al proceso iniciado con el primer programa de acción comunitaria sobre discapacidad, HELIOS II extiende su ámbito material, respecto al primer programa HELIOS, a la integración en el ámbito educativo y la readaptación funcional. Los objetivos concretos del eran:

a) proseguir, con los Estados miembros y las organizaciones no gubernamentales, el desarrollo y la mejora de actividades de intercambio y de información que puedan suponer una contribución positiva para la integración de las personas con discapacidad, procurando que reciban la máxima difusión posible;

b) promover planteamientos y medidas eficaces para obtener una mayor eficacia y mejor coordinación de las acciones;

c) promover el desarrollo de una política comunitaria de cooperación con los Estados miembros y las organizaciones y asociaciones interesadas en materia de integración, fundada en los mejores experiencias y prácticas innovadoras y eficaces de los Estados miembros;

d) proseguir la cooperación con las organizaciones no gubernamentales de dimensión europea y de las consideradas representativas en los Estados miembros.

HELIOS II, cuya duración fue de cuatro años desde 1993 hasta 1996, no sólo superó a los programas predecesores en objetivos, sino también en medios. Pese a que la estructura y el contenido de las medidas a desempeñar son similares a lo visto en HELIOS, la cantidad presupuestada para su ejecución alcanzó los 37 millones de ecus. Tanto las medidas generales (artículo 4) como las especiales (Anexo) giran en torno a la coordinación e intercambio de información y

⁵⁸⁶ Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas *minusválidas* (HELIOS II 1993-1996) (DO N° L 56, de 9 de marzo de 1993, p. 30).

experiencias, incidiendo especialmente en la participación de los interlocutores sociales, así como en el empleo de nuevas tecnologías.

Destaca en HELIOS II el importante papel que se concede a las organizaciones no gubernamentales en el contexto de la integración de las personas con discapacidad. En ese sentido, Quinn y Degener señalan que el principal propósito de los programas HELIOS consistió en incentivar al conjunto de organizaciones no gubernamentales europeas, con el fin de crear uniones entre ellas que superasen las fronteras nacionales, contribuyendo a su sensibilización y preparando el camino para la recepción de del modelo de igualdad de igualdad oportunidades en el marco comunitario⁵⁸⁷. Una de las mayores aportaciones del programa fue, como se vio, la creación del Foro Europeo de las Personas con Discapacidad.

HELIOS II fue el tercer y último programa de acción comunitaria para las personas con discapacidad, pues la falta de acuerdo en el Consejo impidió la adopción de un cuarto programa de acción. No obstante, podría decirse — y así entienden Quinn y Degener — que los programas, de alguna manera, ya habían cumplido con su misión, que no era otra que preparar el terreno para las actuaciones posteriores en materia de discapacidad⁵⁸⁸.

b) El Plan de Acción Europeo sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad

La Comisión presentó en su Comunicación de 30 de octubre de 2003, un *Plan de Acción europeo para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, para el periodo 2004-2010⁵⁸⁹. Con ello se pretendía guiar a la Unión y los Estados

⁵⁸⁷ G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁸⁸ De igual manera los autores destacan la influencia de muchos de los documentos y del material que generaron los sucesivos programas en la evolución del pensamiento y la política de la Unión sobre discapacidad. *Ibid.*, p.100.

⁵⁸⁹ Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM (2003) 650 final).

miembros en sus actuaciones futuras en torno a la discapacidad. Según se afirma en la Comunicación, ésta tiene por objeto “definir un enfoque hacia las cuestiones de discapacidad en la Europa ampliada que sea a la vez duradero y operativo. Constituirá una referencia y un marco para el refuerzo de la dimensión de la discapacidad en todas las políticas comunitarias pertinentes y respaldará o estimulará las políticas a escala nacional”.

Con la finalidad última de hacer efectiva la igualdad de oportunidades en Europa, según el modelo de no discriminación adoptado por la Unión, la Comisión describe en la Comunicación tres objetivos estratégicos diferentes pero complementarios:

a) Asegurar la plena aplicación de la Directiva 2000/78, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y abrir el debate sobre la futura estrategia de lucha contra la discriminación.

b) Integrar adecuadamente las cuestiones de discapacidad en las políticas comunitarias pertinentes y en los procesos existentes. Mediante una estrategia de *mainstreaming*, debe tenerse en cuenta la perspectiva de la discapacidad en todo el proceso de formulación y desarrollo de las políticas.

c) Mejorar la “accesibilidad para todos”. Se trata de hacer accesibles para las personas con discapacidad los bienes, los servicios y el entorno construido a través de la elaboración de normas y guías de buenas prácticas acordes con el principio de “diseño para todos”.

El plan de acción, que se inició en 2004, tiene previsto su desarrollo hasta el año 2010, si bien de forma progresiva. Se llevará a cabo, tal como se explica en la Comunicación, a través de fases sucesivas que se definirán y se sustentarán en un informe que cada dos años elaborará la Comisión⁵⁹⁰.

⁵⁹⁰ Se afirma en la Comunicación que dicho informe “debería ser una herramienta idónea para que todos aquellos que participan en el proceso de toma de decisiones puedan mejorar sus conocimientos sobre la situación de las personas con discapacidad [...] permitiría determinar con más

La primera fase abarcó el periodo 2004 a 2005, centrándose en el acceso al empleo de las personas con discapacidad. Para ello, la Comisión definió los ámbitos de actuación a través de cuatro pilares básicos: el acceso al empleo y el mantenimiento en la vida activa; el aprendizaje permanente de las personas con discapacidad; el aprovechamiento de las nuevas tecnologías; y la accesibilidad del entorno público construido. Para cada uno de estos pilares, la Comisión llevó a cabo, dentro de sus competencias, una serie de acciones y medidas que se citan en la Comunicación.

Además, para hacer realidad estos objetivos la Comisión propuso reforzar la participación y la cooperación de los Estados miembros, las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales o los interlocutores sociales en el proceso por la consecución de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en Europa.

Igualmente, la Comisión se comprometió a hacer públicas en su informe bianual, entre otros aspectos, las diferentes contribuciones que en materia de discapacidad hayan llevado a cabo los Estados, así como los principales esfuerzos realizados en el marco de las políticas comunitarias. La publicación del primero de estos informes se realizó en 2005⁵⁹¹. En el anexo 1 se incluyó una larga lista de las actuaciones desarrolladas por las instituciones europeas, así como de los resultados obtenidos. Además la misma Comisión valora muy positivamente el impacto de esta estrategia sobre los Estados miembros, ya que a raíz de la misma, un número

precisión los progresos registrados, definir perspectivas para los años siguientes y estudiar posibles vías para la formulación de las políticas en el futuro, [...] servirá, pues, de base para definir las nuevas prioridades que deberán abordarse en las siguientes fases del plan de acción”.

⁵⁹¹ Comunicación de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007 (COM (2005) 604 final).

elevado de los mismos han adoptado nuevas legislaciones en materia de discapacidad⁵⁹².

Por otro lado, en la propia Comunicación de la Comisión se definieron los objetivos y acciones prioritarios de la segunda fase del programa (2006-2007). Estos se han centrado en la inclusión activa de las personas con discapacidad, lo que implica el fomento de medidas dirigidas a conseguir que estas personas tengan “las mismas opciones individuales y el mismo control sobre su vida cotidiana que los demás”. Esto es lo que en los estudios sobre discapacidad se conoce como “vida independiente”.

Cuando nos encontramos en pleno desarrollo de la tercera fase (2008-2009), y a la espera de los resultados de la evaluación intermedia del programa, ha de reconocerse lo positivo que está resultando un plan de acción como éste. Por un lado, constituye un instrumento adecuado para, mediante la integración de la perspectiva de la discapacidad en todos aquellos ámbitos y políticas que de forma directa o indirecta tienen incidencia sobre la misma, hacer efectiva la igualdad de oportunidades en el marco de la Unión. Por otro lado, porque a través de los informes de la Comisión se ha puesto en marcha un sistema de control y evaluación de los resultados obtenidos. Sin duda, un avance más que considerable en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, que históricamente se ha caracterizado por la ausencia de un seguimiento adecuado de la aplicación de las medidas adoptadas⁵⁹³.

⁵⁹² Anexo 3 de la Comunicación.

⁵⁹³ Un breve análisis del Plan de Acción Europeo sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como estrategia fundamental en la materia puede encontrarse en H. Maravall Gómez-Allende, “La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades”, 11 *Revista de Derechos de la Unión Europea* (2006), pp. 212 y ss.

c) **Otros programas comunitarios**

En 1990, la Comisión puso en marcha, dentro de la iniciativa comunitaria “Empleo y Desarrollo de los Recursos Humanos”, el programa HORIZON⁵⁹⁴. Aunque en un principio estaba dirigido a mejorar las condiciones de acceso al empleo de los colectivos desfavorecidos en general, terminó por aplicarse en exclusiva al ámbito de la discapacidad.

Dadas las dificultades que las personas con discapacidad encuentran para conseguir, o en su caso mantener, un puesto de trabajo, HORIZON se destinó a financiar, a través de los Fondos estructurales, iniciativas dirigidas a mejorar sus condiciones de acceso al empleo, incluyendo la creación de puestos de trabajo específicos, así como potenciar su competitividad mediante la formación en las nuevas tecnologías y la adaptación de las infraestructuras a sus necesidades específicas. Lo que se pretendía era complementar todas aquellas actividades sufragadas por el Fondo Social Europeo o los propios Estados miembros, con el fin de impulsar la innovación a nivel comunitario, al tiempo de fomentar el intercambio de información y experiencias nacionales.

Mediante la iniciativa HORIZON, que se articulaba a través de conceptos como la transnacionalidad o la innovación, se concedían ayudas para la realización de medidas consistentes en:

a) desarrollar sistemas adecuados de formación, orientación, asesoramiento y empleo;

b) formar a las personas con discapacidad, tanto en aspectos básicos del empleo como en lo relativo a la investigación o las tecnologías más innovadoras;

⁵⁹⁴ Junto al programa HORIZON, la iniciativa EMPLEO incluyó los programas NOW y YOUTHSTART, dirigidos al fomento de la igualdad de oportunidades de empleo para las mujeres, y la promoción de la integración de los jóvenes en el mercado de trabajo, respectivamente. Posteriormente fue creada la iniciativa INTEGRA, que se ocupaba de aquellos grupos vulnerables no incluidos en las categorías anteriores.

c) crear puestos de trabajo, así como empresas, cooperativas y asociaciones que favoreciesen la integración de las personas con discapacidad;

d) divulgar información sobre la igualdad de oportunidades en materia de empleo, incluyendo acciones de sensibilización.

De esta manera, el programa costeó numerosas actividades y proyectos a lo largo de todo el territorio comunitario, siendo un instrumento enormemente valioso para el acceso al empleo de las personas con discapacidad.

Finalmente, HORIZON, que había sido prorrogado en 1994, llegó a su fin en 1999, si bien podría decirse que sus funciones fueron sustituidas, en cierta medida, por la iniciativa comunitaria EQUAL. Esta nueva iniciativa, que arrancó en 2000, dio continuidad a las anteriores iniciativas EMPLEO y ADAPT, con la finalidad de promover, también en un contexto de cooperación transnacional, nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones — incluida la discriminación por razón de discapacidad — y las desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo⁵⁹⁵.

EQUAL se desarrolló a través de pactos establecidos a nivel geográfico o sectorial — denominados agrupaciones de desarrollo —, de forma que fueron los distintos Estados quienes formularon su propia estrategia, eso sí, actuando en el marco de una serie de áreas temáticas, definidas en el contexto de los cuatro pilares de la Estrategia Europea para el Empleo (mejorar la capacidad de inserción profesional, fomentar el espíritu de empresa, promover la adaptación profesional y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres).

La finalidad última de la iniciativa consistía en generar proyectos transnacionales, de carácter innovador, cuyos resultados pudiesen llegar a

⁵⁹⁵ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

repercutir en las políticas generales sobre discriminación y desigualdad en el empleo. EQUAL, que fue cofinanciada por los Estados miembros y el Fondo Social Europeo, estuvo vigente hasta 2006. Sin embargo, el Fondo Social Europeo ha continuado hasta la fecha financiando proyectos basados en la experiencia de dicha iniciativa.

Por último, ya fuera del ámbito laboral, es necesario referirse al programa TIDE (Technology Initiative for Disabled and Elderly People). TIDE fue aprobado en 1993 por el Consejo, tras la realización de una fase piloto, con el objeto de favorecer la integración social y económica de las personas con discapacidad y las personas mayores a través de la creación de un mercado interior de la tecnología de la rehabilitación⁵⁹⁶. Posteriormente, la iniciativa ha gozado de cierta continuidad a través de los Programas Marco comunitarios de Investigación y Desarrollo, mediante la aplicación de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones a, entre otros grupos, las personas con discapacidad.

2.2.6.2 MEDIDAS DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS

En Naciones Unidas, conscientes de la enorme importancia que tiene la difusión de los derechos humanos, es habitual la utilización de fechas históricas o relevantes para lanzar campañas de información y concienciación sobre sus instrumentos y actividades⁵⁹⁷. También la Unión se ha servido de esta práctica como instrumento de promoción de sus actividades u objetivos.

Los *Años Internacionales* son una técnica habitual para, además de informar y concienciar, centrar los esfuerzos en la realización de actividades dentro una materia determinada, con el propósito de conseguir unos objetivos previstos. Mientras que con la conmemoración de *Días* se aprovecha para recordar a la

⁵⁹⁶ Decisión del Consejo, de 21 de septiembre de 1993, sobre una iniciativa tecnológica comunitaria para las personas mayores y las personas con discapacidades (TIDE) (DO N° L 240, de 25 de septiembre de 1993, p. 42).

⁵⁹⁷ C. Villán Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2002, pp. 369 y ss.

sociedad los progresos, los obstáculos y la situación de un determinado derecho o de un grupo de personas.

a) 2003, Año Europeo de las Personas con Discapacidad

En su Decisión de 3 de diciembre de 2001, el Consejo declaró el año 2003 “Año Europeo de las Personas con Discapacidad”⁵⁹⁸. Los últimos acontecimientos aconsejaban la celebración de un evento de esta naturaleza, por lo que, coincidiendo con el décimo aniversario de la adopción de las Normas Uniformes por la Asamblea General de Naciones Unidas, se decidió que 2003 era una fecha idónea para ello.

Los objetivos del Año Europeo, según el artículo 2 de la Decisión del Consejo, fueron:

- a) “la sensibilización sobre el derecho de las personas con discapacidad a verse protegidas frente a la discriminación y a disfrutar plena y equitativamente de sus derechos;
- b) fomentar la reflexión y el debate sobre las medidas necesarias para promover la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en Europa;
- c) promover el intercambio de experiencias sobre buenas prácticas y estrategias de probada eficacia a escala local, nacional y europea;
- d) reforzar la cooperación entre todas las partes implicadas, en particular los gobiernos, los interlocutores sociales, las ONG, los servicios sociales, el sector privado, las asociaciones, el sector del voluntariado, las personas con discapacidad y sus familias;
- e) mejorar la comunicación sobre la discapacidad y promover una imagen positiva de las personas con discapacidad;
- f) la sensibilización sobre la heterogeneidad de las formas de discapacidad y sus múltiples manifestaciones;
- g) la sensibilización sobre las múltiples formas de discriminación a las que se enfrentan las personas con discapacidad;
- h) dedicar especial atención a la sensibilización sobre el derecho de los niños y jóvenes con discapacidad a la igualdad de enseñanza, de manera que se favorezca y apoye su plena integración en la sociedad y se fomente el desarrollo de una cooperación europea entre los profesionales de la enseñanza de los niños y jóvenes con discapacidad, a fin de mejorar la integración de los alumnos y estudiantes con necesidades específicas en los centros ordinarios o

⁵⁹⁸ Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad (DO N° L 335, de 19 de diciembre de 2001, p. 15).

especializados, así como en los programas de intercambio nacionales y europeos”.

Para la consecución de estos objetivos se organizaron a lo largo de 2003 numerosas actividades, tanto a nivel nacional como comunitario, financiadas en gran parte con cargo al presupuesto general de las Comunidades Europeas. Éstas consistieron, básicamente, en la celebración de actos y conferencias de sensibilización y análisis de los problemas de las personas con discapacidad, la difusión de campañas informativas y promocionales o la realización de estudios e investigaciones.⁵⁹⁹ Entre estas actividades, la Comisión organizó una *Marcha* europea que, bajo el lema “Sube a bordo”, y acompañada por un autobús especialmente diseñado para la ocasión, recorrió a lo largo de 2003 los diferentes Estados de la Unión, acercando a los ciudadanos la cuestión de la discapacidad.

En total fueron cofinanciados más de 1100 proyectos en toda Europa, a los que se destinó más de la mitad de los casi 13 millones de euros presupuestados⁶⁰⁰. A este importante número de proyectos debe añadirse todos aquellos actos sufragados de forma exclusiva por los gobiernos nacionales, regionales y locales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones, y otros organismos.

Ya se han citado en la introducción histórica algunas de las actividades realizadas por las instituciones europeas durante 2003, entre las que destacan las resoluciones del Consejo sobre accesibilidad electrónica, igualdad de oportunidades en el ámbito educativo y formativo, accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales, y fomento del empleo y de la inclusión

⁵⁹⁹ Tanto en el artículo 3 como en el Anexo de la Decisión del Consejo se especificaba el contenido y la naturaleza de las medidas que debían adoptarse, diferenciando entre los ámbitos comunitario y nacional.

⁶⁰⁰ Hay que tener en cuenta que a los 12 millones de euros presupuestados por el Consejo, el Parlamento Europeo añadió una partida de 780.000 euros.

social de las personas con discapacidad⁶⁰¹, o las comunicaciones presentadas por la Comisión⁶⁰².

El artículo 13 de la Decisión por la que se estableció el Año Europeo obligaba a la Comisión a presentar antes de finalizar 2004, un informe sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general de las medidas adoptadas durante el Año Europeo, así como de sus efectos futuros. Para su evaluación externa, se solicitaron los servicios de la consultoría danesa Rambøll Management, cuyo informe fue presentado en octubre de 2004. A la vista de los resultados obtenidos, en el informe se detallan varias recomendaciones de naturaleza diversa⁶⁰³. Por su parte, la Comisión hizo público su informe en octubre de 2005 (un año más tarde del plazo previsto), en el que, entre otras consideraciones, concluye que el Año Europeo cumplió con los objetivos propuestos⁶⁰⁴. Más crítico se mostró el Comité Económico y Social Europeo, quien además de reprochar a la Comisión el retraso en la presentación de su informe, lamentó que no llegase a adoptarse una

⁶⁰¹ Resoluciones del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre “Accesibilidad electrónica” Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento (DO N° C 39, de 18 de febrero de 2003, p. 5); de 5 de mayo de 2003, sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 6); de 6 de mayo de 2003, sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 7); y de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y la inclusión social de las personas con discapacidad (DO N° C 175, de 24 de julio de 2003, p. 1).

⁶⁰² En concreto, la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de enero de 2003, “Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad” (COM (2003) 16 final), y la comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM (2003) 650 final).

⁶⁰³ El informe final puede consultarse en el sitio web: http://ec.europa.eu/employment_social/evaluation/docs/eypd2003_final_report_en.pdf.

⁶⁰⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (COM(2005) 486 final).

legislación general sobre la no discriminación de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la política comunitaria⁶⁰⁵.

El impacto del Año Europeo fue diferente en cada Estado de la Unión. En España debe valorarse de forma muy positiva. No en vano, durante 2003, se aprobaron en nuestro país normas como la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, y se pusieron en marcha planes como el de Accesibilidad o el II Plan de Acción para las Personas con Discapacidad, entre otras medidas⁶⁰⁶. En definitiva, siguiendo a Cabra de Luna y Gaztelu San Pio, podría decirse que el Año Europeo ha marcado un antes y un después en el proceso de integración de las personas con discapacidad en el seno de la Unión Europea⁶⁰⁷.

b) El Día Europeo de las Personas con Discapacidad

Como ya se vio, el 14 de octubre de 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas acordó, mediante resolución 47/3, que el 3 de diciembre de cada año sería considerado como el Día Internacional de las Personas con Discapacidad. El objetivo del Día Internacional es doble: por un lado, despertar la conciencia y el entendimiento respecto a la discapacidad, y por otro, apoyar la acción en todos los niveles *para, con y por* las personas con discapacidad.

Desde 1993, tanto la Comisión como el Parlamento Europeo vienen celebrando el 3 de diciembre como el Día Europeo de las Personas con Discapacidad, con el objetivo de sensibilizar y promover la cooperación europea en

⁶⁰⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (DO N° C 88, de 11 de abril de 2006, pp. 22-26).

⁶⁰⁶ Todo el conjunto de medidas que se adoptaron en 2003 en España se pueden consultar en MTAS, "Conclusiones sobre 2003: Año Europeo de las Personas con Discapacidad", 50 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2004), pp. 179-187.

⁶⁰⁷ M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, "La protección jurídica...", *op. cit.*, p. 47.

lo relativo a la discapacidad. Para ello se realizan, tanto a nivel comunitario como nacional, numerosos actos y eventos, en cuyo diseño y organización ocupa un papel muy destacado el Foro Europeo de la Discapacidad.

En el ámbito europeo, como en Naciones Unidas, se le ha dado un carácter temático a esta fecha, y cada año se conmemora bajo un lema diferente⁶⁰⁸. De igual manera, coincidiendo con ese día, la Comisión, en colaboración con el Foro Europeo, organiza un congreso sobre la materia en cuestión dirigido al encuentro y debate entre especialistas y representantes de las Instituciones.

El 3 de diciembre de 2008 se celebró el último Día Europeo hasta la fecha, con el lema “Actuando localmente por una sociedad para todos”. Con el mismo se ha pretendido incidir en cómo todas las actuaciones normativas y políticas de las comunidades se han visto reflejadas positivamente a nivel local. No hay que olvidar que aún cuando los Estados son los principales responsables de las políticas sobre discapacidad, la acción de la Unión ha servido y debe servir para complementar y apoyar los desarrollos nacionales en la materia.

⁶⁰⁸ Los diferentes temas escogidos para el Día Europeo de las Personas con Discapacidad pueden consultarse en el sitio web oficial de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/employment_social/disability/day_en.html

PARTE II

ANÁLISIS JURÍDICO MATERIAL: LOS DERECHOS BASADOS EN LA PERSPECTIVA DE LA DISCAPACIDAD

1 DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

A la hora de clasificar los derechos de las personas con discapacidad hemos utilizado la clásica división entre derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales. No obstante, con esta clasificación únicamente pretendemos facilitar la claridad expositiva, pues como se verá, algunos de los derechos analizados podrían, por sus especiales características, haber sido encuadrados en cualquiera de las dos categorías. Además, los desarrollos más recientes en la práctica y la doctrina internacionales tienden cada vez más hacia un mayor acercamiento entre ambas generaciones de derechos, como consecuencia de la unidad que la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos implica⁶⁰⁹.

En este primer capítulo de la Parte II, dedicada al análisis jurídico material de los principales derechos humanos de las personas con discapacidad, se analizan los derechos civiles y políticos que, basados en la perspectiva de la discapacidad, han sido reconocidos en la normativa jurídica internacional.

Entre los derechos civiles y políticos se incluyen algunos tan básicos como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física y mental de la persona, del que deriva la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como la protección contra la explotación, la violencia y el abuso. También se han incluido derechos de igualdad, como la igualdad en el reconocimiento ante la ley como persona, o el derecho a la igualdad y la no

⁶⁰⁹ Véase el párrafo 5 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993. Sobre la problemática que conlleva la clasificación tradicional entre derechos civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales, véase P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983, pp. 125 y ss.

discriminación, que como se verá, tiene una especial significación para las personas con discapacidad.

Entre las libertades analizadas, se encuentran el derecho a la libertad y seguridad de la persona, la libertad de expresión y opinión, y la libertad de circulación y residencia, que en el ámbito de la discapacidad se manifiesta a través de los derechos a la movilidad personal y a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad.

Por último, se tratan en este capítulo otros derechos civiles y políticos, como el derecho a la vida privada y familiar, o los derechos de acceso a la justicia y de participación en la vida política y pública.

1.1 DERECHO A LA VIDA

El derecho a la vida es uno de los más básicos y elementales, si no el que más, de cuantos tiene reconocidos el ser humano. Proclamado en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se regula de forma general en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de forma específica para las personas con discapacidad en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A pesar de ser un derecho inherente a todo ser humano y totalmente aceptado en el plano internacional, ni siquiera en la actualidad puede afirmarse que las personas con discapacidad tengan absolutamente garantizado su respeto en todas partes del mundo⁶¹⁰.

⁶¹⁰ L. Clements y J. Read, *Disabled People and European Human Rights. A review of the implications of the 1998 Human Rights act for disabled children and adults in the UK*, Glasgow: The Policy Press, 2003, pp. 8 y ss.

1.1.1 Contenido esencial y excepciones

Este derecho, que ha sido calificado por el Comité de Derechos Humanos como “derecho supremo”⁶¹¹, prohíbe cualquier privación arbitraria de la vida de una persona. Así el derecho a la vida se regula a través de una obligación negativa dirigida a los Estados que deberán abstenerse de privar a cualquier persona, independientemente de sus circunstancias, de su vida. No obstante, la normativa internacional contempla diversas excepciones. La principal excepción a este derecho es la pena muerte, admitida para aquellos Estados que sin ser parte de los Protocolos núm. 6 o 13 al Convenio Europeo de Derechos Humanos o del segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional, no la hayan abolido en sus ordenamientos jurídicos. No obstante, sólo podrá estar prevista para los delitos más graves, y no podrá imponerse a personas menores de 18 años ni a mujeres embarazadas⁶¹². Nada se dice de las personas que teniendo una discapacidad mental, fuesen incapaces de discernir sobre sus actos.

Asimismo el Convenio Europeo establece que una muerte no se considerará una violación de este derecho cuando sea consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario, en los casos de legítima defensa, para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente, o para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección⁶¹³.

1.1.2 Obligaciones positivas de los Estados

Pero además, el derecho a la vida supone para los Estados una serie de obligaciones positivas para salvaguardar la vida de las personas. Así lo ha mantenido la jurisprudencia internacional al respecto y lo reafirma el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que obliga a los

⁶¹¹ Observación general núm. 6 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, de 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 143 y ss.).

⁶¹² Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶¹³ Artículo 2.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Estados a adoptar “todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. Años antes, en su Observación general núm. 6, relativa al derecho a la vida, el Comité de Derechos Humanos había afirmado que la protección del derecho a la vida “exige que los Estados adopten medidas positivas”. En el ámbito europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció, en el *asunto Osman contra Reino Unido*, que el derecho a la vida requiere de los Estados, no sólo abstenerse de causar una muerte, sino la adopción de medidas adecuadas para proteger la vida de quienes se encuentran bajo su jurisdicción⁶¹⁴. Estas medidas abarcan, desde la prevención del suicidio por quienes se encuentran bajo la custodia del Estado⁶¹⁵, hasta asegurar, bajo determinadas circunstancias, la provisión de un nivel adecuado de salud⁶¹⁶. En este sentido, una de las situaciones que guardan estrecha relación con la discapacidad es la muerte producida en situaciones de internamiento en instituciones, especialmente en las psiquiátricas. A pesar de que este tema guarda una estrecha relación con el derecho a la libertad y seguridad de la persona, así como con el derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sí conviene resaltar algunos aspectos.

En primer lugar, cabe aclarar que las causas de estas muertes pueden deberse a tres razones principales: como resultado de un homicidio o un suicidio, como consecuencia del suministro de dosis inadecuadas de medicación o el uso

⁶¹⁴ *Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII.

⁶¹⁵ *Keenan c. Reino Unido*, *cit.*

⁶¹⁶ Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de ciertas responsabilidades de los Estados en el ámbito de la atención médica derivadas del artículo 2 de la Convención Europea en los *asuntos William y Anita Powell c. Reino Unido*, decisión de 4 de mayo de 2000, núm. 45305/99, ECHR 2000-V, o *Pentiacova y otros c. Moldavia*, decisión de 4 de enero de 2005, núm. 14462/03, ECHR 2005-I, todavía no se ha pronunciado de forma clara sobre las condiciones que motivarían una violación de dicho artículo. En cierta medida, quizá por el carácter médico-científico de la cuestión, el Tribunal de Estrasburgo se ha abstenido de opinar sobre la idoneidad en la asignación de los recursos médicos cuando son escasos. Véase al respecto J. Murdoch y otros, *Interights Manual for Lawyers – The Right To Life Under The ECHR (Article 2)*, Londres: Lancaster House, 2008, p. 35.

incorrecto de medidas de sujeción, o debido a la desatención de las necesidades básicas de cualquier ser humano⁶¹⁷. En estas situaciones, las autoridades públicas tienen la responsabilidad de proteger la vida de las personas internadas en estas instituciones. En su sentencia sobre el caso *Keenan*, el Tribunal Europeo señaló que es obligación de las autoridades valorar y tener en consideración la posible existencia de un riesgo real e inmediato de suicidio, así como tratar de prevenirlo a través de todos los medios razonables, en caso de que exista⁶¹⁸. Si una muerte llegase a producirse en estas instituciones, el artículo 2 del Convenio obliga implícitamente a realizar una investigación efectiva sobre las causas y las posibles responsabilidades derivadas de la misma⁶¹⁹.

1.1.3 Aborto y eutanasia

El hecho de que los tratados internacionales enuncien el derecho a la vida sin delimitar de forma exhaustiva y clara su contenido ha generado una serie de cuestiones problemáticas, y no menos polémicas, en torno al mismo. Principalmente, son dos las situaciones que resultan especialmente interesantes en el ámbito de la discapacidad: el aborto y la eutanasia.

El punto de partida para la interpretación del derecho a la vida lo fijó el Comité de Derechos Humanos al afirmar que dicho derecho “no debe interpretarse en un sentido restrictivo”⁶²⁰. No obstante, en algunos de los asuntos más controvertidos, los órganos de vigilancia de los tratados han evitado pronunciarse

⁶¹⁷ P. Bartlett, O. Lewis y O. Thorold, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁶¹⁸ *Keenan c. Reino Unido*, *cit.*

⁶¹⁹ Así lo entendió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los *asuntos McCann y otros c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, Series A núm. 324, y *Kaya c. Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, en los casos en que la muerte se produjo como consecuencia de una actuación violenta por parte de las autoridades estatales. De forma más reciente, el Tribunal amplió esta obligación a los supuestos en los que, sin existir violencia aparente, la muerte se ha producido bajo el cuidado de los profesionales de la salud de un Estado (*William y Anita Powell c. Reino Unido*, *cit.*, y *Calvelli y Ciglio c. Italia*, sentencia de 17 de enero de 2002, núm. 32967/96, ECHR 2002-I).

⁶²⁰ Observación general núm. 6 del Comité de Derechos Humanos.

de forma excesivamente concluyente, salvaguardando un amplio margen para la actuación de los Estados.

El fin de la vida prenatal y la discapacidad guardan una estrecha relación. Son muchos los ordenamientos jurídicos que permiten interrumpir el embarazo por el hecho de detectar al feto una discapacidad, aún cuando en ocasiones, no se permite el aborto para otros supuestos. En tanto la normativa internacional no aclara cuándo comienza una vida, la cuestión fundamental consiste en determinar si, a efectos jurídicos, el feto es o no persona y, por tanto, si es titular del derecho a la vida. No obstante, no existe ni mucho menos una respuesta terminante. Ni el Tribunal Europeo ni el Comité de Derechos Humanos se han pronunciado de forma clara al respecto⁶²¹.

Recientemente, en el *asunto Vo contra Francia*, el Tribunal recapituló su anterior jurisprudencia en la materia para afirmar que corresponde a los Estados determinar el momento en que comienza una vida, primero, porque ni siquiera los mismos Estados han llegado a una conclusión clara al respecto, y segundo, porque no puede afirmarse que a nivel europeo exista consenso, ni jurídico ni científico sobre dicha cuestión⁶²². Años antes, a raíz del *caso Open Door and Dublin Well Woman*, el Tribunal ya había manifestado su voluntad de dejar a los Estados el margen de apreciación suficiente, aunque no ilimitado, para decidir en estos asuntos en los que, como el aborto, se entremezclan aspectos morales y jurídicos⁶²³.

⁶²¹ Puede encontrarse un estudio sobre estas cuestiones en S. Sanz Caballero, “El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate”, 31 *Cuadernos Europeos de Deusto* (2004), pp. 157 y ss.

⁶²² *Vo c. Francia*, sentencia de 8 de julio de 2004, núm. 53924/00, ECHR 2004-VIII. Párrafo 82: “[...] *It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below)”*.”

⁶²³ *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda*, sentencia de 29 de octubre de 1992, Series A núm. 246-A.

Tampoco el Comité de Derechos Humanos se ha mostrado clarificador en este asunto. Si bien es cierto que ha tratado en diversas ocasiones los supuestos en los que el feto puede suponer un peligro para la vida o la integridad física y moral de la madre⁶²⁴, no se ha referido expresamente a la titularidad del derecho a la vida por el feto.

Puede afirmarse que la jurisprudencia internacional se ha mantenido al margen de la cuestión sobre el comienzo de la vida y la consideración del feto como persona, evitando pronunciamientos concluyentes. Por el momento, el aborto eugenésico, esto es, aquél fundamentado en una deficiencia en el feto, no podrá considerarse discriminatorio de acuerdo a la normativa internacional, pues dependerá de cada Estado e incluso de cada tribunal determinar si dicho feto es o no titular de derechos. Esta cuestión plantearía menos problemas en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 4.1 se establece que el derecho a la vida estará “protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.”.

No menos complejo es el asunto de la eutanasia. La cuestión que se plantea es si el derecho a la vida puede ser interpretado también de forma negativa, esto es, si el derecho a la vida incluye el derecho a morir. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido explícito. En el *caso Pretty*, una ciudadana británica con una enfermedad neurodegenerativa incurable que le había paralizado del cuello hacia abajo alegó su derecho a morir siendo asistida por su marido⁶²⁵. El Tribunal se mostró claro al respecto, afirmando que no cabe una interpretación que confiera un derecho a morir mediante la ayuda de un tercero o de las autoridades públicas, pues a su juicio, el artículo 2 no crea un derecho a la autodeterminación

⁶²⁴ Véanse, por ejemplo, los párrafos 10 y 11 de la Observación general núm. 28 del Comité de Derechos Humanos de 2000 relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10) o su dictamen de 22 de noviembre de 2005, en el asunto Karen Noelia Llantoy Huamán contra Perú, comunicación núm. 1153/2003 (CCPR/C/85/D/1153/2003).

⁶²⁵ *Pretty c. Reino Unido*, cit.

que conceda a todo individuo el derecho a escoger la muerte antes que la vida⁶²⁶. No obstante, en ningún momento apreció que la eutanasia pueda suponer una violación del Convenio. Unos días después de conocerse la decisión del Tribunal, Diane Pretty murió a causa un fallo respiratorio con el dolor y el sufrimiento que había querido evitar.

El Comité de Derechos Humanos apenas se ha pronunciado al respecto. En 2004 declaró inadmisibile la comunicación presentada por Manuela Sanlés en relación con el suicidio asistido de Ramón Sanpedro, en tanto no había sido parte del procedimiento original de amparo ante el Tribunal Constitucional, y por tanto, no había agotado todos los recursos internos⁶²⁷. De esta manera, el Comité evitó pronunciarse sobre la posible existencia de un derecho a morir dignamente.

En cambio, el Comité pareció mostrarse favorable a la eutanasia y el suicidio asistido en sus Observaciones finales de 2001 respecto a los informes presentados por los Países Bajos⁶²⁸. A raíz de la nueva ley holandesa relativa a los procedimientos de examen sobre poner fin a la vida previa petición y suicidio asistido, el Comité entendió que en estas complejas situaciones el Pacto obliga a aplicar el más riguroso análisis para determinar si se cumplen las obligaciones del Estado Parte de garantizar el derecho a la vida. Consideró que los requisitos exigidos por la normativa holandesa, que exigen la existencia de un sufrimiento insoportable sin posibilidad de mejora y una petición voluntaria y bien fundada, eran adecuados. Sin embargo, sin afirmar expresamente su disconformidad con el Pacto, mostró su preocupación por el hecho de que los menores cuyas edades estén

⁶²⁶ *Ibid.*, párrafos 39 y 40. “39 [...] Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life. 40. The Court accordingly finds that no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention [...]”.

⁶²⁷ Asunto Manuela Sanlés Sanlés contra España, comunicación 1024/2001, decisión del Comité de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2004 (CCPR/C/80/D/1024/2001).

⁶²⁸ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Países Bajos, 2001 (CCPR/CO/72/NET).

comprendidas entre los 12 y los 16 años puedan prestar su consentimiento a través de los padres o tutores. Aunque no se pronunció al respecto, esta sería una situación similar a las de aquellas personas con discapacidad mental o intelectual que no tienen plena capacidad de consentir, y deben hacerlo a través de sus padres, tutores o representantes legales.

En definitiva, la escasa jurisprudencia internacional existente hasta la fecha, a pesar de no reconocer que exista un derecho a morir de forma digna, tampoco ha expresado la disconformidad de la eutanasia con el derecho a la vida. La falta de consenso sobre estas cuestiones ha motivado que sean los Estados quienes las regulen. En consecuencia, no puede afirmarse que la denegación del suicidio asistido a una persona con discapacidad, tengo o no la capacidad de expresar válidamente su consentimiento, sea discriminatoria, pues ni legal ni jurisprudencialmente se ha reconocido tal derecho.

Finalmente, cabe señalar que, en virtud del artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, el derecho a la vida es de aplicación también en tiempo de guerra. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere en su artículo 11 a las situaciones de riesgo y emergencias humanitarias⁶²⁹. Durante las negociaciones de la misma, se planteó la posibilidad de regular específicamente el derecho a la vida de las personas con discapacidad en los conflictos armados⁶³⁰. Sin embargo, no fue posible llegar a un acuerdo al respecto.

⁶²⁹ Artículo 11: “Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas posibles para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”.

⁶³⁰ Diversas delegaciones propusieron un artículo separado que sobre los derechos de las personas con discapacidad en los conflictos armados. La vinculación entre la guerra y la discapacidad es innegable. En efecto, los conflictos armados son, directa o indirectamente, una de las más importantes y crueles fuentes de discapacidad. De manera directa, los combates causan un gran número de muertos y heridos, muchos de los cuales sufrirán algún tipo de discapacidad. Este número se incrementa alarmantemente con el uso de armas químicas y biológicas, extendiendo este riesgo a la población civil, sobretudo a los sectores más desprotegidos de ésta, como son los niños y las mujeres, así como las personas que ya tenían alguna discapacidad con anterioridad al conflicto.

1.2 DERECHO A LA IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN

Como ya se ha visto, la igualdad y la no discriminación tienen una doble naturaleza, como principio y como derecho subjetivo. Como principio, la no discriminación constituye, según ha señalado el Comité de Derechos Humanos, un “principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”⁶³¹. Como derecho, la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación está reconocido en todos los tratados internacionales de derechos humanos⁶³². Una de las características de este derecho es su naturaleza relacional, esto es, su interdependencia con los demás derechos. Efectivamente, la discriminación no puede plasmarse en abstracto, sino que se producirá en relación con un derecho o ámbito concreto. Es por ello que en este apartado se perfilan las líneas básicas de este derecho, desarrollando sus aplicaciones concretas en los apartados relativos a los derechos sobre los que la no discriminación tiene una especial incidencia.

1.2.1 Aproximación conceptual

Lerner ha definido el derecho a la no discriminación como la reafirmación negativa del principio de igualdad, proclamado originalmente en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”⁶³³. Podría afirmarse que el

Además, hay que tener en cuenta los trastornos mentales y daños psicológicos que pueden padecer quienes de alguna manera son testigos de aquella violencia. De forma indirecta, las guerras acarrear situaciones de malnutrición, falta de asistencia médica, inexistencia de los sistemas educativos o pobreza, que suponen un aumento progresivo de los casos de personas con discapacidad tras el conflicto, así como el agravamiento de los ya existentes. Véase al respecto L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 123 y ss.

⁶³¹ Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, No discriminación, de 1989 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 168 y ss.).

⁶³² Artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, artículo 1 del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo E de la Carta Social Europea revisada.

⁶³³ N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, La Haya, Londres y Nueva York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 30.

derecho a la igualdad y la no discriminación son la expresión positiva y negativa de un mismo principio⁶³⁴. En consecuencia, existe un nexo indisoluble entre ambos conceptos hasta el punto que, en ocasiones, la igualdad de trato es definida como la ausencia de toda discriminación⁶³⁵. Generalmente, los instrumentos internacionales suelen buscar la consecución del objetivo genérico de la igualdad a través de una prohibición de la discriminación⁶³⁶.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad define en el artículo 2 la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo”, añadiendo que dicho concepto “incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”. Esta definición está claramente inspirada en la que propuso el Comité de Derechos Humanos en su Observación general núm. 18⁶³⁷.

⁶³⁴ Véanse W. A. McKean, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 288 y A. F. Bayefsky, “The Principle of Equality and Non-Discrimination in International Law”, 11 (1) *Human Rights Law Journal* (1990), pp. 1 y ss.

⁶³⁵ Por ejemplo, en el artículo 2.1 de la Directiva 2000/78 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 se establece que “a efectos de la presente Directiva, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1”.

⁶³⁶ R. K. M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Nueva York: Oxford University Press, 2007, p. 176.

⁶³⁷ Párrafo 7: “Si bien esas convenciones se refieren sólo a un tipo específico de discriminación, el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

Entre las distintas formas de discriminación, se diferencia entre la discriminación directa e indirecta, siendo esta última especialmente relevante en contexto de la discapacidad. En la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación se definen ambos conceptos. A sus efectos, se entenderá que existe discriminación directa “cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” por, entre otras, razón de su discapacidad⁶³⁸. En cambio, existirá discriminación indirecta “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular” respecto de otras personas a una persona con discapacidad⁶³⁹. No obstante, no se considerarán discriminatorios los supuestos en que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y siempre que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios⁶⁴⁰. En la definición incluida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se incluyen ambas clases de discriminación, tanto implícitamente, al referirse a las distinciones, exclusiones o restricciones que tengan el propósito o también el efecto de obstaculizar el ejercicio de los derechos, como explícitamente, al afirmar que la discriminación por motivos de discapacidad incluye todas las formas de discriminación.

1.2.2 Contenido esencial: igualdad formal y material

El contenido esencial del derecho a la no discriminación viene determinado por los dos grandes modos de concebir la igualdad⁶⁴¹. En primer lugar, la igualdad formal o

⁶³⁸ Artículo 2.2.a).

⁶³⁹ Artículo 2.2.b).

⁶⁴⁰ *Ibid.* En un sentido similar, el Comité de Derechos Humanos afirmó en su Observación general núm. 18 que “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo”.

⁶⁴¹ Véanse, entre otros, S. Fredman, “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 199 y ss.; R. Kayess y P. French, *op.*

jurídica se fundamenta en la idea del tratamiento igualitario, esto es, la obligación de tratar de forma similar a dos sujetos que se encuentran en una situación análoga. Con la finalidad de asegurar una igualdad formal entre las personas, el derecho tiende a articular una prohibición general de la discriminación directa. Así, la norma jurídica prohíbe que una persona pueda recibir un tratamiento menos favorable por el hecho de, en este caso, tener una discapacidad. Pero la igualdad formal no es suficiente para lograr una sociedad igualitaria, puesto que este concepto obvia diferencias que en realidad existen. Recibir un tratamiento igualitario cuando se está en una situación de desventaja o inferioridad, como les ocurre a la mayor parte de las personas con discapacidad, no resulta eficaz para revertir dicha situación.

La evolución del concepto de igualdad derivó en una noción más sustantiva del mismo, esto es, la igualdad material. El fundamento de la igualdad material reside en tratar de forma diferenciada situaciones diferentes. Para ello, la norma jurídica debe tener en la diversidad social su punto de partida con el fin de lograr un acceso real de todas las personas a todos los derechos y actividades. Como señalan Quinn y Degener, la igualdad de oportunidades es, de las diversas formas de concebir la igualdad material, la que resulta más apropiada en el ámbito de la discapacidad⁶⁴². El modelo de la igualdad de oportunidades se centra en identificar y eliminar las barreras y obstáculos que dificultan o impiden a una persona su inclusión y participación en la sociedad. De esta manera, la consecución de la igualdad material exige eliminar todas aquellas formas de discriminación indirecta, siendo necesario en determinadas ocasiones la adopción de medidas que, sobre la base de la diferencia de un grupo de personas, permitan situarlas en una posición

cit., pp. 8 y ss.; K. Kitching (ed.), *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, Londres: Lancaster House, Interights, 2005, pp 19 y ss.; G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 13 y ss. y G. Quinn., “The Human Rights of People with Disabilities under UE...”, *op. cit.*, pp. 289 y ss.

⁶⁴² Existen otras formas, como la igualdad de resultados. G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 13 y 14.

de igualdad real. Estas medidas son básicamente dos: las medidas positivas y los ajustes razonables, que tienen una enorme trascendencia en el ámbito de la discapacidad.

En consecuencia, el derecho a la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad incluye la prohibición de cualquier forma de discriminación basada en su discapacidad, así como la obligación de adoptar medidas positivas y realizar de ajustes razonables.

1.2.3 La naturaleza autónoma del derecho

El derecho a la prohibición de la discriminación tiene, dependiendo del instrumento internacional en que es objeto de regulación, un carácter diferente que determina su alcance. En ocasiones podrá invocarse de forma autónoma, esto es, por el mero hecho de ser objeto de una discriminación, mientras que en otras ocasiones sólo podrá hacerse valer a través de la violación de otro derecho reconocido en la norma.

Los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecen la obligación de los Estados de garantizar el ejercicio sin discriminación de los derechos en ellos reconocidos. Por tanto, no podrá ser invocada una violación de dichos artículos si no se ha producido otra violación de alguno de los derechos reconocidos en cada Pacto.

De igual manera, como se vio, el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos carece de naturaleza autónoma. Según este artículo “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”. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado en numerosas ocasiones que la cláusula de no discriminación del artículo 14 no es autónoma, puesto que tiene un

carácter complementario del resto de disposiciones del Convenio⁶⁴³. En el ámbito concreto de la discapacidad, el Tribunal manifestó en su sentencia del *caso Botta* que si, ante una situación discriminatoria, ningún otro artículo del Convenio resulta de aplicación a una persona con discapacidad, ésta no podrá alegar ante el Tribunal la violación del artículo 14, al carecer de existencia independiente⁶⁴⁴. No obstante, el Tribunal ha considerado que no es imprescindible que exista violación de otro artículo del Convenio para aplicar el artículo 14, sino que bastaría con que al interpretarse conjuntamente con alguno de los derechos reconocidos en el mismo se constatare una situación discriminatoria⁶⁴⁵.

A raíz del *caso Thlimmenos*, el Tribunal Europeo aclaró que el artículo 14 contiene un principio de igualdad que obliga a los Estados, tanto a tratar de igual manera a quienes se encuentren en una misma situación, como a proporcionar un trato diferente a quienes se encuentren en situaciones diferentes⁶⁴⁶. De esta manera, el Tribunal reconocía implícitamente que el principio de igualdad que subyace tras el artículo 14 abarca tanto la igualdad formal como material, permitiendo la adopción de medidas positivas. Sin embargo, ha sido mucho más discreto al referirse a la discriminación indirecta. Aunque ha afirmado que una situación en la que una medida perjudicase desproporcionadamente a un grupo, aún sin estar

⁶⁴³ Así lo ha reafirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia. Véanse los *asuntos Rasmussen c. Dinamarca*, sentencia de 28 de noviembre de 1984, Series A núm. 87., *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, *cit.*, *Inze c. Austria*, *cit.*, o *Thlimmenos c. Grecia*, *cit.*

⁶⁴⁴ Párrafo 39: “According to the Court’s case-law, article 14 complements the other substantive provisions of the Convention and its Protocols. It has no independent existence, since it has effect solely in relation to ‘the enjoyment of the rights and freedoms’ safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of one or more of those provisions – and to this extent it is autonomous –, there can be no room for its application unless the facts of the case fall within the ambit of one or more of the latter [...]”. *Botta c. Italia*, *cit.*

⁶⁴⁵ *Asunto “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”*, sentencia de 23 de julio de 1968, Series A núm. 6.

⁶⁴⁶ *Thlimmenos c. Grecia*, *cit.*

dirigida al mismo, no estaría excluida de ser considerada discriminatoria⁶⁴⁷, todavía no ha conocido de violación alguna del artículo 14 por dicho motivo⁶⁴⁸.

La Carta Social Europea revisada, a diferencia de la Carta de 1961, incluye una prohibición expresa de la discriminación en su artículo E. Dicha prohibición, como en el artículo 14 del Convenio Europeo, solamente se extiende sobre los derechos reconocidos en la Carta, por lo que tampoco posee carácter autónomo. Así lo ha reafirmado el Comité Europeo de Derechos Sociales en el *asunto Autismo-Europa contra Francia*⁶⁴⁹. Además, el Comité, sobre la base de la doctrina del Tribunal Europeo en el *caso Thlimmenos*, y dadas las similitudes del artículo E con el artículo 14 del Convenio Europeo, puso de manifiesto que el artículo E de la Carta revisada prohíbe no solamente la discriminación directa, sino también todas las formas de discriminación indirecta⁶⁵⁰.

Con carácter limitado al ámbito del derecho al trabajo, dos normas internacionales regulan un marco jurídico dirigido a eliminar la discriminación. El Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de 1958 obliga a los Estados en su artículo 2 a “formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”. En

⁶⁴⁷ “154. *Where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group [...]*.” *Hugh Jordan c. Reino Unido*, sentencia de 4 de mayo de 2001, núm. 24746/94, ECHR 2001-III (extractos).

⁶⁴⁸ K. Kitching (ed.), *op. cit.*, 46 y 47.

⁶⁴⁹ Reclamación núm. 13/2002, *Autismo-Europa contra Francia*. Decisión de 4 de noviembre de 2003. Recientemente, el Comité Europeo de Derechos Sociales reafirmó dicho pronunciamiento en su decisión de 3 de junio de 2008, relativa a la reclamación núm. 41/2007, *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) contra Bulgaria*.

⁶⁵⁰ Párrafo 52 de la decisión del Comité en el *asunto Autismo-Europa contra Francia*: “[...] *the Committee considers that Article E not only prohibits direct discrimination but also all forms of indirect discrimination. Such indirect discrimination may arise by failing to take due and positive account of all relevant differences or by failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all*”.

el ámbito comunitario, la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establece un marco general para luchar contra la discriminación en estos ámbitos por, entre otros, motivos de discapacidad, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. Esta Directiva tiene su base en el artículo 13 del TCE que, como ya se indicó, no reconoce el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad ni la prohíbe expresamente, sino que se limita a posibilitar la adopción de medidas para combatirla.

Por el contrario, otros instrumentos reconocen un derecho autónomo a la no discriminación, que podrá ser invocado sin necesidad de constatar cualquier otra violación de derechos.

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Su carácter autónomo ha sido puesto de manifiesto por el Comité de Derechos Humanos en su Observación general núm. 18:

“12. Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. [...] A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no

discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”⁶⁵¹.

El Comité ya había advertido sobre la autonomía del artículo 26 en el asunto *Broeks contra los Países Bajos*, al señalar que el artículo 26 obliga a los Estados a prohibir la discriminación en su legislación, con independencia de la materia objeto de regulación⁶⁵². De esta forma, el artículo 26 puede ser invocado por el mero hecho de sufrir una discriminación fundada en la discapacidad, aún cuando el derecho que se esté lesionando no sea uno de los reconocidos en el Pacto.

En la misma línea del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 1 del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una prohibición general de la discriminación al afirmar que “el goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Esta prohibición no sustituye ningún artículo del Convenio, sino que se añade al mismo ampliando el contenido material del mismo y ofreciendo una prohibición de la discriminación autónoma respecto a los demás derechos reconocidos en él.

Como ya se dijo, las posibilidades que ofrece el Protocolo núm. 12, del que España es parte, en el ámbito de la discapacidad son considerablemente valiosas, pues permitirá al Tribunal Europeo conocer de asuntos en los que, pese a producirse una discriminación, no se haya vulnerado ningún otro derecho reconocido en el Convenio. Por el momento, el Tribunal de Estrasburgo no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una posible violación del artículo 1 del Protocolo núm. 12 por razones de discapacidad.

⁶⁵¹ Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, No discriminación, de 1989, *cit.*

⁶⁵² Comunicación 172/1984, decisión del Comité de Derechos Humanos de 9 de abril de 1987 (CCPR/C/29/D/172/1984).

En la misma línea, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que:

- “1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.
2. Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.
3. A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables.
4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

Al reconocer a las personas con discapacidad el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, y obligar a los Estados a prohibir cualquier discriminación, el artículo 5 constituye una herramienta específica para combatir la discriminación basada en la discapacidad. Como el artículo anterior, el artículo 5 no se vincula a la vulneración de ningún otro derecho de la Convención, por lo que puede ser invocado de forma autónoma e independiente. Además, como se vio, la no discriminación es también uno de los principios enumerados en el artículo 3 que debe informar e interactuar de forma transversal con los demás derechos incluidos en la Convención.

Finalmente, en lo que a la prohibición de discriminación respecta, el artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece una prohibición general de toda discriminación basada, entre otras, en la discapacidad⁶⁵³.

⁶⁵³ Artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

1.2.4 Medidas positivas y ajustes razonables

El derecho a la igualdad y la no discriminación también incluye, en determinados supuestos, la posibilidad de establecer medidas positivas y de realizar ajustes razonables. Ambos tipos de actuaciones tienen la finalidad de lograr o favorecer la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

Las medidas positivas o especiales son aquellas acciones dirigidas a prevenir o compensar la desventaja que sufre un determinado grupo de personas, en este caso, por razón de su discapacidad. Estas medidas pudieran parecer contrarias a la concepción formal de la igualdad, puesto que pretenden favorecer a un grupo de personas respecto a los demás. Sin embargo, es la consecución de la igualdad material la que justifica este trato favorable encaminado a corregir la situación de inferioridad real y efectiva a la que están sometidas las personas con discapacidad. Los instrumentos internacionales o los órganos encargados de su interpretación, se han limitado a permitir la adopción de medidas positivas o a reafirmar su adecuación con el principio de igualdad y no discriminación, pero sin reconocer un derecho general de las personas con discapacidad a las mismas.

Ante el silencio que los Pactos Internacionales guardan al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado en su Observación general núm. 18 que:

“10. [...] el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto”.

Esta consideración no discriminatoria de las medidas positivas se reitera en el Preámbulo del Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁵⁴ y en el artículo 5.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁵⁵. De igual manera, en el ámbito laboral, tanto el artículo 5 del Convenio núm. 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación⁶⁵⁶ como el artículo 7 de la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁶⁵⁷ insisten en dicha aclaración. Sin embargo, ninguno de estos artículos establece la obligación general de los Estados de adoptar este tipo de medidas⁶⁵⁸.

Como se ha visto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a raíz del *caso Thlimmenos*, ha advertido que el principio de igualdad del artículo 14 del Convenio Europeo obliga a los Estados no sólo a tratar de igual manera a quienes se encuentren en una misma situación, sino a otorgar un trato diferente a quienes se

⁶⁵⁴ “[...] Reafirmando que el principio de no discriminación no impide que los Estados partes adopten determinadas medidas con la finalidad de promover una igualdad plena y efectiva, siempre que exista una justificación objetiva y razonable”.

⁶⁵⁵ “No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.”.

⁶⁵⁶ “1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias. 2. Todo Miembro puede, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.

⁶⁵⁷ “1. Con el fin de garantizar la plena igualdad en la vida profesional, el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1. 2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

⁶⁵⁸ Se habla de *obligación general* en tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o las Normas Uniformes si prevén medidas concretas vinculadas a derechos específicos.

encuentren en situaciones diferentes⁶⁵⁹. Sin embargo, el Tribunal no ha aclarado el contenido ni el alcance de una posible obligación de los Estados respecto a la adopción de medidas positivas que, por otra parte, no deben ser confundidas con las obligaciones positivas de los Estados⁶⁶⁰.

La Carta Social Europea y la Carta revisada prevén el establecimiento de diferentes medidas a favor de las personas con discapacidad. El artículo 15.2 de la Carta Social Europea de 1961 establece la obligación de los Estados de adoptar medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a las personas con discapacidad, entre otras, estimulando a los empleadores a su contratación. El artículo 15.3 de la Carta revisada obliga a los Estados a promover la plena integración y participación social de las personas con discapacidad, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha entendido que del artículo 15.3 deriva la obligación de establecer una base legislativa clara en materia de integración y participación de las personas con discapacidad⁶⁶¹, así como la adopción de una política coherente sobre discapacidad que incluya la adopción de medidas positivas⁶⁶².

⁶⁵⁹ “44. *The Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification [...]. However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different*”. *Thlimmenos c. Grecia*, cit.

⁶⁶⁰ Mientras que las obligaciones positivas se refieren al deber que, bajo determinados supuestos, tienen los Estados no sólo de abstenerse de actuar sino de llevar a cabo una actuación, las medidas positivas o afirmativas son aquellas encaminadas a compensar la desventaja de un determinado grupo de personas a través de un trato diferenciado más favorable. Ejemplos de estas últimas son el establecimiento de cuotas, los beneficios fiscales o el tratamiento preferente de estas personas.

⁶⁶¹ Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Francia, p. 72.

⁶⁶² Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Eslovenia, p. 29.

En consecuencia, aunque los instrumentos internacionales han aclarado el carácter no discriminatorio de las medidas positivas e incluso recomendado su utilización, no puede afirmarse que las personas con discapacidad tengan una base legal sólida en el marco del derecho a la no discriminación para poder reclamar de los Estados la adopción de este tipo de medidas.

En cambio, los instrumentos y la jurisprudencia internacionales son más favorables respecto a la existencia de un derecho a la realización de ajustes razonables. Mediante estos ajustes, cuyo origen se encuentra en el ámbito laboral, se pretende dar acomodo a ciertas características de la persona, como su discapacidad, para situarla en igualdad de condiciones con los demás⁶⁶³.

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad especifica que la discriminación por motivos de discapacidad incluye la denegación de ajustes razonables. A la luz de su artículo 5.2, que prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad y obliga a los Estados en su artículo 5.3 a adoptar “todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”, puede afirmarse que las personas con discapacidad gozan de un derecho subjetivo a la realización de los mismos. El mismo artículo 2 de la Convención define los ajustes razonables 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”.

1.2.5 Exigibilidad de los ajustes razonables

La posibilidad de exigir modificaciones o adaptaciones está sujeta a un importante límite: que no supongan una carga desproporcionada o indebida. La indefinición

⁶⁶³ Véase al respecto A. Hendriks y L. Waddington, “The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination”, 18 (3) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2002) pp. 403-427.

de estos términos, especialmente de la expresión “indebida” dificulta la determinación del alcance de este derecho. En este sentido será especialmente valioso que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ejerza su función interpretativa.

En principio, parece que la obligación de realizar ajustes razonables, al ser una obligación derivada del derecho a la igualdad y la no discriminación, debiera ser inmediatamente exigible. Pero en tanto el artículo 4.2 prevé que la adopción de las medidas necesarias para el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales podrá realizarse de forma progresiva de acuerdo con los recursos disponibles, cabe preguntarse si en los supuestos en que los ajustes razonables tengan como fin posibilitar el ejercicio de un derecho perteneciente a una de estas categorías estarán sometidos también a esta limitación. Pudiera ser así, pues como se dijo, entiende Quinn que con esta restricción se buscaba atenuar la preocupación de algunos Estados, que temían que a través de la obligación de realizar ajustes razonables se abriese la puerta a la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁶⁴. Sin embargo, en tanto la denegación de ajustes razonables constituirá discriminación de acuerdo a la Convención, y por tanto la violación de un derecho civil básico, parece complicado que un Estado puede denegarlos argumentando la falta de recursos disponibles.

Salvo la Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, ningún otro instrumento internacional vinculante se ha referido de forma expresa a los ajustes razonables. No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden apreciarse referencias que guardan cierta relación con la obligación de establecer estas modificaciones que, por otro lado, nunca ha citado expresamente como “ajustes razonables”. En los mencionados *casos Botta contra Italia, Marzari contra Italia* o *Zehnalová y Zehnal contra la República Checa* se ha planteado la

⁶⁶⁴ G. Quinn, *The UN Human Rights...*, *op. cit.*, p. 9.

posibilidad de exigir a los Estados la adopción de medidas que permitan a una persona con discapacidad el ejercicio del derecho a su vida privada y familiar, algo que el Convenio Europeo no prevé en su articulado. El Tribunal ha admitido que los Estados debieran adoptar las medidas o modificaciones necesarias para eliminar determinados obstáculos en caso de existir relación directa entre las medidas reclamadas y el disfrute del derecho a la vida privada y familiar. Además, las medidas debieran buscar el equilibrio entre el interés del individuo y la comunidad, de forma que el beneficiado no sea un único sujeto⁶⁶⁵. Aunque en ninguno de los casos citados el Tribunal encontró violación alguna del Convenio, parece haber dejado una puerta abierta a la exigibilidad de los ajustes razonables⁶⁶⁶.

Finalmente, la Directiva 2000/78 obliga en su artículo 5 a la realización de ajustes razonables por parte de los empresarios con la finalidad de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, tomar parte en el mismo, progresar profesionalmente, o recibir la formación adecuada. Aún cuando el fundamento de los ajustes razonables reside en el derecho a la igualdad y la no discriminación, en la medida en que este supuesto se circunscribe al ámbito laboral, las implicaciones de este artículo en conjunción con la Directiva son analizadas en el apartado relativo al derecho al trabajo.

1.3 DERECHO AL IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

Las personas con discapacidad tienen el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, como consecuencia del mismo, a poseer y poder ejercer su capacidad jurídica. Estos derechos aparentemente obvios han sido históricamente denegados o limitados por el hecho de tener una discapacidad, e incluso en la actualidad persisten numerosas barreras para su disfrute real⁶⁶⁷. Como en el ámbito

⁶⁶⁵ *Sentges c. los Países Bajos*, decisión de 8 de julio de 2003, núm. 27677/02.

⁶⁶⁶ Un estudio en profundidad sobre los ajustes razonables en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede encontrarse en O. De Schutter, *op. cit.*, pp. 35-63.

⁶⁶⁷ L. Despouy, *op. cit.*, párrafo 192.

de la mujer o determinados grupos raciales, no es que no hubiese un reconocimiento formal, el problema es que no había un verdadero reconocimiento social y cultural⁶⁶⁸.

1.3.1 Regulación

El artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reafirma que las personas con discapacidad “tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Este mismo derecho está reconocido en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También el principio 13 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental explicita este derecho para los pacientes en instituciones psiquiátricas. Este derecho implica la consideración de la persona con discapacidad como persona desde el punto de vista jurídico y, por tanto, la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Aún cuando las personas con discapacidad siempre han sido titulares de este derecho, el modelo médico de la discapacidad ha actuado como elemento distorsionador del mismo pues, *de facto*, fueron consideradas como meros objetos y no como verdaderos sujetos poseedores de derechos.

El derecho al reconocimiento como persona es una condición necesaria para la titularidad de derechos, por lo que no admite excepciones o consideraciones parciales. O se es persona ante la ley o no se es. Por ese motivo, cualquier restricción a este derecho supone una violación del mismo.

1.3.2 Capacidad jurídica y capacidad de obrar

La consecuencia inmediata del reconocimiento de persona es la atribución de capacidad jurídica, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. El

⁶⁶⁸ Véase I. Valls, “Artículo 6”, en X. Pons Rafols (ed.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona: Icaria, 1998, p. 170.

artículo 12.2 de la Convención establece que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Quien tiene personalidad jurídica tiene capacidad jurídica. Además, como la personalidad jurídica, la capacidad jurídica también es plena y no admite restricciones. Cuestión diferente a la posesión de capacidad jurídica, inherente a toda persona, es el ejercicio de esa capacidad jurídica, esto es, la capacidad de obrar⁶⁶⁹. No obstante, en la Convención no se emplea el término “capacidad de obrar”, sino que se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica.

Diversos Estados, en particular los integrantes del Grupo Árabe, Rusia y China, intentaron limitar el alcance de este artículo durante el proceso negociador de la Convención. Para ello propusieron una nota al pie del artículo 12.2 indicando que “en árabe, chino y ruso, la expresión *capacidad jurídica* se refiere a la *capacidad jurídica de ostentar derechos* no a la *capacidad de obrar*”. La consecuencia que podría haber tenido este inciso hubiese sido permitir una interpretación según la cual el ejercicio de la capacidad jurídica no fuese entendido como capacidad de obrar, sino como el disfrute genérico de la capacidad jurídica. En consecuencia, la capacidad de obrar podría haber quedado fuera del ámbito material del artículo. Fueron muchos los Estados, entre ellos los europeos, que alegando que el término “capacidad jurídica” tiene un significado universal, se negaron a incluir una limitación así⁶⁷⁰. No obstante, no fue hasta el último día del octavo periodo de

⁶⁶⁹ Los diferentes ordenamientos jurídicos, entre ellos el español, denominan capacidad de obrar o capacidad de actuar a la aptitud de la persona para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, es decir, a la aptitud para el ejercicio de su capacidad jurídica. Véase, por ejemplo, X. O’Callaghan, *Compendio de Derecho Civil. Tomo I, Parte General*, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 2002, pp. 271 y 272.

⁶⁷⁰ Véase la Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente del Comité por el Representante Permanente de Finlandia ante las Naciones Unidas, en nombre de la Unión Europea (A/AC.265/2006/6).

sesiones del Comité Especial cuando éste decidió eliminar la nota al pie del artículo 12 y remitir el texto final a la Asamblea General⁶⁷¹.

1.3.3 Medidas de apoyo

Aún cuando la capacidad jurídica es plena, es muy posible que en determinados supuestos algunas personas con discapacidad no puedan ejercitar de forma autónoma esa capacidad jurídica, porque su capacidad de comprender, decidir o expresar su voluntad puede estar limitada. Para estos supuestos, el artículo 12.3 de la Convención prevé la adopción por los Estados Partes de “las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. En el ámbito europeo, la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa, en su línea de acción núm. 12, partiendo del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica, también recomienda a los Estados que proporcionen asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica cuando sea necesario.

Estas medidas que deben apoyar y no sustituir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica están sujetas a unas condiciones o salvaguardias descritas en el artículo 12.4 de la Convención. En primer lugar, las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Debe procurarse además que no se produzcan conflictos de intereses ni influencias indebidas. En tercer lugar, las medidas deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, aplicándose en el plazo más corto posible. Finalmente, el artículo prevé que dichas medidas de apoyo estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

⁶⁷¹ Véase el informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 6 de diciembre de 2006 (A/61/611).

Estas condiciones deben ser complementadas con los principios dispuestos en la Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la protección jurídica de los mayores de edad incapacitados. En esta Recomendación se regulan los principios que deben regir las situaciones en las que a causa de una discapacidad mental o una enfermedad, un adulto carece de la capacidad para tomar decisiones de forma autónoma en lo relativo a sus asuntos económicos, o de comprender, expresarse o actuar al respecto, por lo que no puede protegerlos. Partiendo del respeto de los derechos humanos y la dignidad inherente de cada persona como principio fundamental, la Recomendación pretende servir de guía a los Estados europeos debido a las grandes disparidades que persisten en sus legislaciones internas.

Aunque algunos de los principios de la Recomendación R (99) 4 se corresponden con las salvaguardas previstas en el artículo 12.4 de la Convención, en aquélla se precisa con más detalle el contenido y alcance de los mismos, y se incluyen otros principios de naturaleza procedimental, así como relativos a la función de los representantes y a las intervenciones en el campo de la salud. En líneas generales, la recomendación prevé que la respuesta a las situaciones de incapacidad sea flexible y se adapte a las circunstancias concretas de la persona, que sea proporcional y preserve el máximo grado de capacidad posible, y se limite a aquellos supuestos en los que sea necesaria. Además, cualquier medida que se establezca debiera contar con el libre consentimiento de la persona afectada, y respetar su voluntad siempre que sea posible. No obstante, aunque estas medidas se refieren a los supuestos de representación y asistencia, no se explicita en el texto que su función principal debe limitarse al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, como sí lo hace la Convención o la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015). Ello no impide que, a pesar haber sido elaborada hace una década, la Recomendación R (99) 4 siga teniendo carácter vanguardista en comparación con la mayoría de legislaciones nacionales.

Entiende la doctrina que estamos asistiendo a un cambio de modelo, desde el paradigma de la sustitución de la capacidad de obrar hacia otro basado en el apoyo de la misma⁶⁷². La mayoría de ordenamientos jurídicos, al regular el Derecho de la persona, no han tenido ni tienen en cuenta la perspectiva de derechos humanos en el ámbito de la discapacidad. Difícilmente puede afirmarse que el modelo español, por ejemplo, sea conforme con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que el modelo de apoyo no busca ni sustituir la capacidad de obrar, como sucede con la tutela, ni complementarla, que es la finalidad de la curatela, sino asistir a la persona en el ejercicio de esa capacidad. Es cierto que en determinados supuestos ciertas personas no podrán de ningún modo ejercer su capacidad jurídica, como podría ser el caso de una persona en estado de coma o en estado vegetativo. Pero sustituir la capacidad de obrar de la persona en aquellos casos en los que no es inevitable atenta contra su dignidad y quebranta los mandatos de la Convención. Y ello porque el artículo 12, que ha sido definido por Frédéric Mégret como uno de los grandes avances de la Convención⁶⁷³, rompe con la tradición civilista más arraigada. Por este motivo no resulta arriesgado aventurar que en los próximos años asistiremos a una profunda revisión de las regulaciones de esta materia en los ordenamientos jurídicos nacionales⁶⁷⁴.

Por último, el artículo 12.5 de la Convención, en relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, exige que los Estados tomen “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

⁶⁷² Véanse A. Palacios y F. Bariffi, *op. cit.*, p. 105 y A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 597.

⁶⁷³ F. Mégret, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or...”, *op. cit.*, p. 511.

⁶⁷⁴ De hecho, algunos Estados iniciaron hace ya un tiempo las reformas de sus ordenamientos jurídicos. Véase S. S. Herr, “Self-Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship”, en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *op. cit.*, pp. 429 y ss.

crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”. Estas medidas, conforme a la redacción del artículo, podrían abarcar también medidas de carácter positivo.

1.4 DERECHO A LA LIBERTAD Y SEGURIDAD DE LA PERSONA

El derecho a la libertad y seguridad, uno de los pilares básicos de un Estado democrático, confiere a las personas con discapacidad un derecho general a no ser privadas arbitraria o ilegalmente de su libertad. Además, derivado del mismo, los Estados tienen la obligación de tratar a quienes han sido privados de su libertad conforme a derecho de manera respetuosa con su dignidad y sus derechos humanos, lo que en el caso de la discapacidad, se traduce en el deber de realizar los ajustes razonables oportunos.

1.4.1 Contenido del derecho

El artículo 14.1.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce de forma específica para quienes tienen una discapacidad el derecho a la libertad y seguridad de la persona en igualdad de condiciones con los demás⁶⁷⁵. La diferencia entre libertad y seguridad parece más retórica que real, pues como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a dichos conceptos no se les puede atribuir una interpretación independiente, debiendo entenderlos como un todo⁶⁷⁶. De hecho, los tratados de derechos humanos que regulan este derecho enuncian conjuntamente ambos términos. El contenido esencial que deriva del derecho a la libertad y la seguridad es la protección de la persona frente a una privación arbitraria de su libertad. Afirma Rhona Smith que, más que prohibir

⁶⁷⁵ Con carácter general este derecho también está reconocido en el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁷⁶ Así lo reconoció el Tribunal, por ejemplo, en el *asunto Altun c. Turquía*, sentencia de 1 de junio de 2004, núm. 24561/94, haciendo suyos los planteamientos de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los *asuntos A., B., C., D., E., F., G., H. e I. c. la República Federal de Alemania*, decisión de 16 de julio de 1976, núm. 5573/72, *East African Asians c. Reino Unido*, decisión de 6 de marzo de 1978, núm. 4626/70, y *Selçuk y Asker c. Turquía*, informe de 28 de noviembre de 1996, núm. 23184/94.

las privaciones de libertad, los instrumentos internacionales restringen los supuestos en que aquellas podrán llevarse a cabo y establecen una serie de garantías procesales al respecto⁶⁷⁷.

Además, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general núm. 8, ha criticado que los Estados interpretasen de forma bastante estricta el derecho a la libertad y seguridad personales, señalando que resulta aplicable a todas las formas de privación de libertad⁶⁷⁸. Entre esas formas, se encuentran los internamientos forzosos en instituciones psiquiátricas, que afectan a un número importante de personas con enfermedades y discapacidades mentales.

La letra b) del artículo 14.1 de la Convención obliga a los Estados a asegurar que las personas con discapacidad “no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”. De forma similar, el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe que alguien pueda ser privado de su libertad “salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Así, las únicas privaciones de libertad que no suponen una violación del derecho son aquellas que son conformes a derecho, es decir, aquellas que no son ilegales ni arbitrarias. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado el concepto de “legalidad” respecto del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la libertad y a la seguridad y prohíbe que una persona pueda ser privada de su libertad, salvo en unos determinados supuestos taxativamente enumerados y con arreglo al procedimiento establecido por la ley.

⁶⁷⁷ R. K. M. Smith, *op. cit.*, p 226.

⁶⁷⁸ Observación general núm. 8 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 8 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales, de 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7, p. 147).

Para el Tribunal, la condición de “legalidad” o “conformidad con el derecho” implica que la detención debe ser conforme con el ordenamiento jurídico interno así como con el Convenio Europeo, no sólo en lo relativo a las normas sustantivas, sino también respecto a las de naturaleza procesal, debiendo provenir y ser adoptada por la autoridad competente, y no pudiendo ser arbitraria⁶⁷⁹. Además, debe asegurarse que la norma nacional que regula la detención o privación de libertad cumpla con el principio de seguridad jurídica, de tal forma que las condiciones que justifiquen la privación deben estar claramente precisadas, y su aplicación ser previsible, permitiendo al particular, hasta cierto grado, conocer las consecuencias jurídicas de una acción determinada⁶⁸⁰.

1.4.2 Los internamientos forzosos

No obstante, entre las excepciones al derecho a la libertad y la seguridad previstas en el Convenio Europeo, el artículo 5.1.e) incluye los casos de “internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. Como se vio, el término *enajenado*, carente de definición en el Convenio y *quasi* despectivo, puede ser equiparado con el de persona con discapacidad o enfermedad mental. En consecuencia, parece existir un conflicto entre el artículo 5.1 del Convenio Europeo, que prevé como excepción al derecho a la libertad y seguridad el internamiento conforme a derecho de los enajenados, y el artículo 14.1.b) de la Convención, que establece que la existencia de una discapacidad no puede justificar en ningún caso una privación de libertad. Aunque es complicado determinar el alcance exacto que tiene el inciso b) del artículo 14.1 de la Convención, sí es posible, al menos, realizar una aproximación al mismo.

La cuestión clave reside en determinar si la expresión “que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad” prohíbe

⁶⁷⁹ *Winterwerp c. Holanda*, cit.

⁶⁸⁰ *Kawka c. Polonia*, sentencia de 9 de enero de 2001, núm. 25874/94.

cualquier internamiento involuntario de una persona con discapacidad, sea por la razón que sea, o, más bien, lo restringe a determinados supuestos cuya justificación, que deberá ser respetuosa con los derechos humanos, nunca podrá ser la discapacidad de la persona. Pues bien, no puede afirmarse tajantemente que el artículo 14.1.b) de la Convención prohíba la institucionalización forzosa de las personas con una discapacidad o enfermedad mental. En primer lugar, porque no es la discapacidad en si misma la que, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, justificaría el internamiento de una persona. En segundo lugar, porque no parece que fuera esa la finalidad de quienes negociaron el contenido del artículo.

En el párrafo primero del principio 16 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991 se establece que:

“Una persona sólo podrá ser admitida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica o ser retenida como paciente involuntario en una institución psiquiátrica a la que ya hubiera sido admitida como paciente voluntario cuando un médico calificado y autorizado por ley a esos efectos determine [...] que esa persona padece una enfermedad mental y considere:

- a) Que debido a esa enfermedad mental existe un riesgo grave de daño inmediato o inminente para esa persona o para terceros; o
- b) Que, en el caso de una persona cuya enfermedad mental sea grave y cuya capacidad de juicio esté afectada, el hecho de que no se la admita o retenga puede llevar a un deterioro considerable de su condición o impedir que se le proporcione un tratamiento adecuado que sólo puede aplicarse si se admite al paciente en una institución psiquiátrica de conformidad con el principio de la opción menos restrictiva”.

En consecuencia, de acuerdo a los Principios, no será la discapacidad o la enfermedad del paciente la que motive su internamiento involuntario, sino la existencia de un riesgo grave de daño o la necesidad objetiva de recibir tratamiento estando afectada su capacidad de juicio en aquellos casos de especial gravedad. Todo ello deberá, además ser determinado por los profesionales médicos autorizados para ello.

El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha manifestado que la aceptación del encierro involuntario, tal como se regula en los Principios de 1991, contraviene lo dispuesto en la Convención⁶⁸¹. Sin embargo, esta afirmación resulta, cuanto menos, discutible. Atendiendo a la literalidad de la norma, la redacción del principio 16 indica claramente que son factores externos a la discapacidad de la persona los que determinan la conveniencia de un internamiento involuntario. De hecho, un internamiento fundamentado exclusiva o complementariamente en la discapacidad de la persona no se ajustaría ni a la Convención ni a los Principios. Es cierto, y así se dijo, que los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental adolecen de ciertos defectos resultantes de su obsolescencia, pero no puede afirmarse que contravengan lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en lo relativo a la libertad de la persona.

En el ámbito europeo, sobre los trabajos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Recomendación de 2004 relativa a la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas que padecen trastornos mentales, ha establecido los criterios que pueden justificar un internamiento involuntario⁶⁸². Sólo la concurrencia de todos los requisitos previstos en el artículo 17 de la Recomendación permitirá, de acuerdo a la misma, que un internamiento sea conforme con la dignidad y los derechos humanos de la persona sometida al mismo. Estos requisitos consisten, en primer lugar, en constatar la existencia de un trastorno mental en la persona. En segundo lugar, que la condición de la persona represente un riesgo serio para su salud o la de otros. En

⁶⁸¹ Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008, pp. 11 y 12 (A/63/175).

⁶⁸² Recomendación R (2004) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros *concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder*, *cit.*

tercer lugar, que el internamiento incluya una finalidad terapéutica. En cuarto lugar, que no resulte posible atender a la persona en unas condiciones menos restrictivas. Y finalmente, que la opinión del individuo sea tenida en consideración. En consecuencia, de acuerdo a los estándares recomendados por el Consejo de Europa, el internamiento contrario a la voluntad de una persona con discapacidad es posible, si bien, bajo unos criterios más rigurosos que los previstos en los Principios de 1991.

Además, durante el proceso negociador de la Convención, pese a que diversos Estados mostraron su voluntad de prohibir cualquier supuesto de internamiento forzoso en instituciones, de acuerdo a las últimas tendencias en la materia, no puede afirmarse que existiese un consenso general al respecto. Algunos Estados se opusieron a la inclusión de dicha restricción argumentando que en ciertas situaciones resulta aconsejable la institucionalización de determinadas personas. Es cierto que la mayoría de los Estados eran partidarios de limitar los supuestos de internamiento de una persona a los casos en que concurran una serie de circunstancias excepcionales. Sin embargo, estas consideraciones no se plasmaron en la versión final del texto. Se planteó también añadir las palabras “únicamente” o “exclusivamente” a la frase “que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”⁶⁸³. Pero esta opción fue desechada porque se prestaba a la interpretación de que la discapacidad debía ser un factor más para dictaminar la procedencia de un internamiento involuntario. La redacción final del artículo, relativamente indeterminada y poco clarificadora, es el resultado de la complejidad de los debates y la diversidad de posturas. Cabe así entender que si la finalidad hubiese sido prohibir cualquier caso de internamiento involuntario, debiera haberse incluido una prohibición expresa al respecto y que sólo la falta de acuerdo sobre esta cuestión justifica su ausencia.

⁶⁸³ Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones, de 23 de febrero de 2005, párrafo 27 (A/AC.265/2005/2).

Así, podría afirmarse que el artículo 14.1.b) no prohíbe expresamente la privación de libertad que supone el internamiento forzoso de una persona con discapacidad⁶⁸⁴. Lo que pretende es impedir que dicha privación se justifique en la existencia de una discapacidad. Esta interdicción sería compatible con el principio 16 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental o la Recomendación R (2004) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pero resultaría incompatible con el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El tenor literal del artículo 5.1.e) permite el internamiento conforme a derecho de una persona por el mero hecho de ser considerada enajenada. Pese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha matizado en su jurisprudencia este precepto, exigiendo determinados requisitos y garantías adicionales para la correcta aplicación del mismo, no parece que sean suficientes para permitir una interpretación integradora.

A raíz del *caso Winterwerp*, el Tribunal Europeo puso de manifiesto que sólo la concurrencia de unas condiciones determinadas justificarían el internamiento conforme a derecho de una persona enajenada⁶⁸⁵. En primer lugar, la enajenación debe haber sido determinada de forma fidedigna desde el punto de vista médico. En segundo lugar, la naturaleza o el grado del desorden mental debe justificar su internamiento. Y en tercer lugar, el internamiento no se prolongará más allá de la persistencia del desorden. Además, el Tribunal ha advertido que la actuación del Estado no puede ser arbitraria, debiendo existir una correlación entre el lugar y la razón del internamiento, de tal forma que una persona con una discapacidad mental no podría ser internada, por ejemplo, en una prisión⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ A esta misma conclusión llegaron la mayoría de los expertos reunidos en el seminario sobre “Erradicación de la tortura y los malos tratos infligidos a las personas con discapacidad”, celebrado en Viena el 11 de diciembre de 2007 y organizado por la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. El informe de los debates puede consultarse en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/disability/index.htm>.

⁶⁸⁵ *Winterwerp c. Holanda*, *cit.*

⁶⁸⁶ *Aerts c. Bélgica*, sentencia de 30 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V, y *H. L. c. Reino Unido*, sentencia de 5 de octubre de 2004, núm. 45508/99, ECHR 2004-IX.

Si bien el Tribunal ha restringido la aplicación del artículo 5.1.e) a través de su jurisprudencia, no ha objetado que la justificación de la privación de libertad radique en la enajenación de la persona, esto es, en su enfermedad o discapacidad mental. Asimismo, aunque en ocasiones se ha referido a la salvaguarda del interés individual o público como justificación del internamiento⁶⁸⁷, ha manifestado expresamente que un internamiento conforme al artículo 5.1.e) del Convenio no lleva aparejado el derecho a un tratamiento adecuado⁶⁸⁸. En consecuencia, tampoco la construcción jurisprudencial del Tribunal Europeo en torno al derecho a la libertad y seguridad de la persona permite sostener que la excepción del artículo 5.1.e) sea conforme con el imperativo del artículo 14.1.b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta cuestión resulta especialmente grave debido a la gran influencia de la jurisprudencia del Tribunal sobre los ordenamientos jurídicos europeos en materia de internamiento e instituciones psiquiátricas⁶⁸⁹.

En cualquier caso, y dada la problemática expuesta al respecto, sería aconsejable que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se pronuncie sobre el significado y alcance del artículo 14.1, así como sobre la procedencia o no de los supuestos de institucionalización forzosa que afectan a las personas con discapacidad. Más aún cuando las nuevas tendencias en el tratamiento de las discapacidades y enfermedades mentales apuestan por el respeto absoluto de la voluntad de la persona y la prohibición de cualquier supuesto de intervención o internamiento forzoso.

⁶⁸⁷ Por ejemplo, *Varbanov c. Bulgaria*, sentencia de 5 de octubre de 2000, núm. 31365/96, ECHR 2000-X.

⁶⁸⁸ *Asuntos Winterwerp c. Holanda, cit.*, y *Ashingdane c. Reino Unido, cit.*

⁶⁸⁹ Véase G. Niveau y J. Materi, "Psychiatric commitment: over 50 years of case law from the European Court of Human Rights", 21 *European Psychiatry* (2006), pp. 427 y ss.

1.4.3 Garantías en la privación de libertad

En los casos en que una persona ha sido privada de su libertad conforme a derecho, la normativa y la jurisprudencia internacionales exigen de las autoridades el cumplimiento de unas garantías que aseguren un tratamiento respetuoso con sus derechos humanos. El artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados asegurar que “las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables”.

Así, por un lado, las personas con discapacidad privadas en virtud de la ley de su libertad tienen derecho a las garantías previstas por el Derecho internacional de los Derechos Humanos. El artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Como ha señalado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General núm. 21, este precepto, que constituye una norma fundamental de aplicación universal, es aplicable a todas las personas privadas de libertad en virtud de las leyes y autoridades estatales e internadas en prisiones o cualquier otra institución, incluidos los hospitales psiquiátricos⁶⁹⁰. Es más, el Comité ha precisado que el párrafo 1 del artículo 10 del Pacto impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas que, por su condición de personas privadas de libertad, resultan especialmente vulnerables⁶⁹¹.

⁶⁹⁰ Observación general núm. 21 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 10 Trato humano de las personas privadas de libertad, de 1992 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 176 y ss.).

⁶⁹¹ *Ibid.*, párrafo 3: “El párrafo 1 del artículo 10 impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes prevista en el artículo 7 del Pacto. En consecuencia, las personas privadas de libertad

En los supuestos de discapacidad, este tratamiento incluye una atención especializada y adaptada a la discapacidad de la persona. En el *asunto Hamilton*, el Comité de Derechos Humanos entendió que se había vulnerado el artículo 10.1 del Pacto al desatender las dificultades de un preso paralizado de ambas piernas⁶⁹². Esta persona, condenada a muerte, no podía por sí misma salir de su celda, subir a la cama o limpiar su cubo sanitario, por lo que, ante la falta de asistencia por parte del personal de la prisión, se veía obligada a pagar a otros reclusos para que le ayudasen.

Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una extensa jurisprudencia respecto de las garantías procesales que amparan a aquellas personas que han sido privadas legalmente de su libertad⁶⁹³. Cualquier persona debe tener la posibilidad de acceder a un órgano judicial para que, en el marco del artículo 5.4 del convenio Europeo, se pronuncie sobre la legalidad de una privación de libertad y ordene la puesta en libertad si fuera ilegal. Si bien la existencia de una enfermedad mental pudiera restringir o modificar el modo de ejercer este derecho, aquella nunca debe justificar una limitación del contenido esencial del mismo, por lo que los Estados deben prever garantías procedimentales especiales para aquellas personas que por su discapacidad no tienen la capacidad de actuar de forma completamente autónoma⁶⁹⁴. Por ejemplo, aún cuando la normativa estatal no lo garantice con carácter general para todas las personas privadas de libertad, una

no sólo no pueden ser sometidas a un trato incompatible con el artículo 7, incluidos los experimentos médicos o científicos, sino tampoco a penurias o a restricciones que no sean los que resulten de la privación de la libertad; debe garantizarse el respeto de la dignidad de estas personas en las mismas condiciones aplicables a las personas libres. Las personas privadas de libertad gozan de todos los derechos enunciados en el Pacto, sin perjuicio de las restricciones inevitables en condiciones de reclusión”.

⁶⁹² Asunto Hamilton contra Jamaica, comunicación núm. 616/1995, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).

⁶⁹³ Un análisis pormenorizado de esta jurisprudencia y su aplicación en el ámbito de la discapacidad puede encontrarse en P. Bartlett, O. Lewis y O. Thorold, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

⁶⁹⁴ *Winterwerp c. Holanda, cit.*

persona con su capacidad reducida a causa de una discapacidad debe recibir asistencia y representación legal durante todo el proceso⁶⁹⁵.

Por otro lado, el artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige un tratamiento conforme a los objetivos y principios de la misma, que incluye expresamente el derecho a la realización de los ajustes razonables oportunos durante el periodo de privación de libertad. Ello implica que, como las demás personas privadas de libertad, deben poder ejercer todos los derechos de los que son titulares, teniendo que en cuenta que algunos pueden estar restringidos como consecuencia de la reclusión. Para ello podrán exigir a las autoridades las modificaciones y adaptaciones necesarias, quienes en caso de denegarlas injustificadamente incurrirían en una vulneración del artículo 14.2 de la Convención. Esta novedosa obligación resulta especialmente valiosa para las personas con discapacidad pues, aún cuando en la jurisprudencia internacional se había reconocido un derecho a ser atendidas con especial atención a sus necesidades, se incluye por primera vez en una norma jurídica internacional de obligado cumplimiento. Ello va a implicar una reforma necesaria de las normativa estatales en materia penitenciaria, que raramente se ha ocupado de la situación de la situación las personas con discapacidad⁶⁹⁶.

1.5 DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MENTAL DE LA PERSONA

El artículo 17 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce de forma escueta el derecho de todas las personas con discapacidad “a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”. No obstante, la significación de este derecho es enorme, tanto en el contexto general de los derechos humanos como en el ámbito concreto de la discapacidad. Por vez primera, un instrumento vinculante de

⁶⁹⁵ *Megyeri c. Alemania*, sentencia de 12 de mayo de 1992, Series A núm. 237-A.

⁶⁹⁶ Véase R. De Beco, “Handicap et Détention”, en G. A. Dal y F. Krenc, *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006, pp. 82 y ss.

derechos humanos de ámbito universal no regional⁶⁹⁷ reconoce de forma expresa el derecho a la integridad física y mental de la persona. Ello no significa que fuese desconocido para el Derecho internacional de los Derechos Humanos, pues era reconocido implícitamente, a través de manifestaciones concretas del mismo, como el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, o especialmente, la protección frente a la tortura y el abuso.

Precisamente, el derecho a la integridad física y mental de la persona puede ser considerado como el enunciado positivo del derecho a la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶⁹⁸. En efecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la finalidad de prohibir la tortura así como otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona⁶⁹⁹. Si en apartados anteriores se han analizado de forma independiente otros derechos relacionados con la integridad física y mental de la persona, a continuación son objeto de estudio dos expresiones, quizá las más paradigmáticas, de dicho derecho: la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la protección contra la explotación, la violencia y el abuso.

1.5.1 Protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

El artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que “ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, añadiendo que “en particular, nadie

⁶⁹⁷ El derecho a la integridad física y mental de la persona se reconoce con carácter general en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁶⁹⁸ Véase T. Minkowitz, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free From Nonconsensual Psychiatric Interventions”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), p. 412.

⁶⁹⁹ Observación general núm. 20 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 20 Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1992 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 173 y ss.).

será sometido a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado”. La prohibición de la tortura es una norma internacionalmente aceptada, que no admite derogación alguna, y que puede ser considerada como norma de *ius cogens*⁷⁰⁰.

Con carácter general, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes está regulado en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el ámbito europeo, los artículos 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también reconocen este derecho.

Existen además diversos tratados específicos dirigidos a proteger a las personas frente a estos actos que menoscaban su integridad. Con carácter universal, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y en el marco jurídico europeo, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes de 1987.

De forma específica para las personas con discapacidad, aunque sin carácter vinculante, las antiguas Declaraciones de Derechos del *Retrasado Mental* y de los *Impedidos* ya reconocían la necesidad de proteger a estas personas contra la explotación y los tratos abusivos o degradantes⁷⁰¹. También en los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental de 1991 se hace referencia a la tortura y otros tratos o penas análogos⁷⁰².

⁷⁰⁰ El Comité de Derechos Humanos ha señalado que la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no admite limitación ni suspensión alguna, ni su violación puede ser justificada. Observación general núm. 20, *cit.*

⁷⁰¹ Artículos 6 de la Declaración de Derechos del *Retrasado Mental* y 10 de la Declaración de Derechos de los *Impedidos*.

⁷⁰² Principios 1.3 y 9.3.

1.5.1.1 RELACIÓN ENTRE DISCAPACIDAD Y TORTURA

Estos preceptos señalados gozan de una relevancia específica debido la existencia de una especial vinculación entre discapacidad y tortura. Tanto Quinn como Nowak y Sutinger han identificado las circunstancias concretas que motivan esta estrecha relación⁷⁰³. A modo de síntesis, pueden resumirse en tres. En primer lugar, la tortura o los tratos y penas inhumanos y degradantes son una importante causa de discapacidades. Discapacidades que no sólo son físicas y visibles, consecuencia de los daños producidos sobre el cuerpo de la persona, sino también mentales y psíquicas, resultado de las graves secuelas que sobre las personas tienen tan aberrantes prácticas. En segundo lugar, la situación de indefensión de algunas personas con discapacidad implica una especial vulnerabilidad para ser víctimas de estos actos. Por ejemplo, las personas internadas, e incluso confinadas, en centros médicos o psiquiátricos corren el riesgo de ser sometidas a tratamientos no deseados y ser víctimas de prácticas vejatorias. En tercer lugar, los Estados, al no tener en consideración la situación de estas personas o las necesidades derivadas de su discapacidad cuando ejercen su obligación de prevenir o protegerlas contra la tortura u otros tratos inhumanos, pueden estar vulnerando dicho derecho. No son extraños los casos en que una persona con discapacidad privada de libertad conforme a derecho se ve obligada a sufrir la infamia que suponen los entornos no adaptados a sus circunstancias.

1.5.1.2 PRECISIONES CONCEPTUALES

Las personas con discapacidad tienen reconocido de forma específica en el artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el derecho a no ser sometidas a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No obstante, no se contiene en la Convención definición alguna de

⁷⁰³ M. Nowak y W. Sutinger, “The right of disabled persons not to be subjected to torture, inhuman and degrading treatment or punishment”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *op. cit.*, pp. 117 y ss. y G. Quinn, “The International Covenant on Civil and Political Rights and disability: a conceptual framework”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *op. cit.*, pp. 84 y ss.

dichas conductas, como tampoco se contienen en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos no ha considerado necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato, entendiendo que las distinciones entre los mismos dependerán de la índole, el propósito y la severidad del trato aplicado, siendo la tortura la conducta más grave⁷⁰⁴.

Sin embargo, este hecho puede dificultar la determinación de los actos que van a ser considerados contrarios a la integridad de la persona. Por ese motivo resulta especialmente útil la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas que, en su artículo 1, define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. De esta manera, son cuatro los elementos que deben concurrir para que un acto sea calificado como tortura: dolores o sufrimientos graves, intencionalidad, propósito y participación del Estado. Según el artículo 16 de la Convención contra la Tortura, serán considerados tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes sin diferenciar entre ellos aquellos actos, que sin llegar a ser tortura tal como se define en el artículo 1, sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha encontrado necesario

⁷⁰⁴ Observación general núm. 20, *cit.*

establecer una delimitación entre los diferentes conceptos. A raíz del *caso Irlanda contra el Reino Unido*, el Tribunal determinó que la distinción debe basarse en la diferente intensidad del sufrimiento infligido⁷⁰⁵. Para el Tribunal, un trato será considerado tortura cuando de forma deliberada cause un sufrimiento de especial gravedad y crueldad. La diferenciación entre trato inhumano y degradante es más confusa. Si ese trato no se realiza de forma deliberada o tan intensa, pero igualmente supone un sufrimiento físico y mental intenso, el trato podrá ser considerado como inhumano⁷⁰⁶. Y será trato degradante cuando la víctima sufra sentimientos de miedo, angustia o inferioridad aptos para quebrar su resistencia física o moral⁷⁰⁷.

No obstante, el Tribunal ha afirmado que el mínimo de intensidad necesario para que a una conducta le sea de aplicación el artículo 3 del Convenio Europeo es relativo, pues el sufrimiento dependerá de las circunstancias concretas del caso, de la duración del maltrato, de sus efectos físicos y mentales, e incluso de las condiciones personales del sujeto, como el sexo, la edad o su estado de salud⁷⁰⁸. En consecuencia, las circunstancias de una persona con discapacidad debieran ser tenidas especialmente en consideración a la hora de valorar la intensidad del sufrimiento infligido y, por tanto, determinar el tipo de maltrato del que ha podido ser víctima. No obstante, la diferencia entre la tortura y otros tratos, sean inhumanos o degradantes, no siempre es clara, e incluso el Tribunal ha llegado a afirmar que determinados actos que en el pasado han sido calificados como tratos inhumanos o degradantes, en contraposición con la tortura, podrían ser calificados de forma diferente en el futuro⁷⁰⁹. En cualquier caso, las normas internacionales

⁷⁰⁵ *Irlanda c. Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, Series A núm. 25.

⁷⁰⁶ *Ibid.*

⁷⁰⁷ Véase J. Piñol i Rull, "Artículo 5", en X. Pons Rafols (ed.), *op. cit.*, pp. 160 y 161.

⁷⁰⁸ *Irlanda c. Reino Unido*, *cit.*

⁷⁰⁹ "101. [...] *However, having regard to the fact that the Convention is a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" [...], the Court considers that certain acts which were classified in the past as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the*

protegen a la persona con discapacidad frente a cualquier menoscabo de su integridad física y mental.

1.5.1.3 TRATAMIENTOS INVOLUNTARIOS

Como se ha visto, existe una especial relación entre la tortura, los tratos inhumanos o degradantes y la discapacidad. Puede constatarse la existencia de determinadas situaciones características en las que la integridad de la persona puede resultar afectada por razón de su discapacidad. Estos supuestos, por la naturaleza de los actos que pueden constituir tortura, se circunscriben básicamente a los entornos en que se ha producido una privación de libertad o se actúa contrariamente a la voluntad de la persona.

En primer lugar, la situación de vulnerabilidad a la que están expuestas muchas personas con discapacidad debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar si una determinada conducta ha podido causarles un trato susceptible de ser calificado como tortura o trato inhumano o degradante. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que antes de aplicar un tratamiento o una pena determinada, debe tenerse valorarse la vulnerabilidad y la incapacidad de una persona, con tal de anticipar cómo van a resultar afectadas por el mismo⁷¹⁰. De hecho, aún cuando no exista la voluntad manifiesta de humillar a una persona, podría entenderse que ésta ha sido tratada de forma degradante si como consecuencia de su discapacidad ha sido objeto de un sufrimiento más intenso que si no tuviese dicha discapacidad⁷¹¹.

protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies". Selmouni c. Francia, sentencia de 28 de julio de 1999, núm. 25803/94, ECHR 1999-V.

⁷¹⁰ *Keenan c. Reino Unido, cit.*

⁷¹¹ *Price c. Reino Unido, cit.* "30. *There is no evidence in this case of any positive intention to humiliate or debase the applicant. However, the Court considers that to detain a severely disabled person in conditions where she is dangerously cold, risks developing sores because her bed is too hard or unreachable, and is unable to go to the toilet or keep clean without the greatest of difficulty, constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention. It therefore finds a violation of this provision in the present case".*

Una de las cuestiones que mayores problemas plantea es la de aquellas personas con una discapacidad o enfermedad mental que, en contra de su voluntad, son objeto de tratamiento médico. Mientras que la experimentación médica o científica sin el consentimiento libre e informado del individuo está prohibida, la adecuación a la normativa internacional de los tratamientos médicos forzosos presenta diversos interrogantes. Aún cuando el consentimiento informado es analizado en el apartado relativo al derecho a la salud, es necesario mencionar algunas cuestiones que guardan relación con la integridad física y mental de la persona. Y ello porque bajo determinadas condiciones, un tratamiento médico puede llegar a ser considerado como inhumano o degradante o, incluso, como tortura.

Tanto el artículo 15.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíben la experimentación médica o científica sin el libre consentimiento del interesado. El Comité de Derechos Humanos ha puesto de manifiesto que, cuando la persona no se encuentre en condiciones de dar un consentimiento válido, será necesaria una protección especial para la misma, no debiendo ser nunca objeto de experimentos perjudiciales para su salud⁷¹².

Determinados tratamientos médicos pueden suponer un sufrimiento para la persona que ponen en duda su legalidad. El Tribunal Europeo ha establecido el criterio de la necesidad terapéutica para determinar la adecuación del tratamiento con la prohibición de la tortura⁷¹³. En principio, un tratamiento necesario desde el punto de vista médico no podrá ser considerado como inhumano o degradante. Esta necesidad deberá haber sido prescrita por el personal médico competente de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, aunque el Tribunal siempre podrá

⁷¹² Observación general núm. 20, *cit.*

⁷¹³ *Herczegfalvy c. Austria, cit.*

volver a valorarla, pues no le vincula⁷¹⁴. Minkowitz ha considerado que esta jurisprudencia del Tribunal Europeo resulta incompatible con los mandatos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 12 reconoce su derecho al ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás⁷¹⁵. Lo cierto es que durante las negociaciones de la Convención, se planteó la cuestión de incluir las intervenciones involuntarias como forma de tortura o trato inhumano y degradante. Sin embargo, este hecho hubiese modificado el concepto actual de tortura previsto en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, por lo que los Estados prefirieron que fuesen los mecanismos de supervisión de los tratados quienes se pronuncien al respecto.

El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ya ha señalado que conforme a lo dispuesto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el tratamiento involuntario de una persona no podría ser aceptado⁷¹⁶. No obstante, como se dijo en relación con el internamiento forzoso de las personas con discapacidad mental, ningún instrumento jurídicamente vinculante establece de forma expresa dicha prohibición, por lo que la validez de dicha interpretación es, por el momento, cuestionable. No puede afirmarse que todo tratamiento involuntario vulnere los derechos humanos de una persona. Piénsese por ejemplo en los supuestos en los que por razón de edad o como consecuencia de una determinada discapacidad, un individuo no puede consentir válidamente de forma autónoma. En cualquier caso, sí parece correcto que cualquier tratamiento médico realizado contrariamente o sin la voluntad del paciente se realice con las máximas garantías y de la forma más restrictiva posible.

⁷¹⁴ *Ibid.*

⁷¹⁵ T. Minkowitz, *op. cit.*, p. 415.

⁷¹⁶ Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008, *cit.*, pp. 11 y ss.

Asimismo, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha enumerado diversas prácticas médicas que pueden constituir tortura o, al menos, un trato inhumano o degradante. Sólo en supuestos muy determinados y bajo ciertas garantías podrían ser admitidas. Estas prácticas incluyen las intervenciones médicas, como la lobotomía o la psicocirugía, la terapia electroconvulsiva o la administración forzosa de determinada medicación psiquiátrica⁷¹⁷. Otras prácticas, como el uso de camas jaula, han sido criticadas por el Comité de Derechos Humanos y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura debido a su carácter inhumano y degradante⁷¹⁸.

1.5.1.4 LA ESPECIAL VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PRIVADAS DE LIBERTAD

Por otro lado, como se ha anunciado, la falta de consideración hacia las necesidades especiales que como consecuencia de su discapacidad tiene una persona puede suponer que determinados actos, a veces aparentemente inofensivos, constituyan tortura o un trato inhumano o degradante. Los mencionados *asuntos Price o Keenan contra Reino Unido*, en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que se había vulnerado el artículo 3 del Convenio Europeo, son un ejemplo de que la desconsideración hacia las atenciones que requiere una persona con discapacidad bajo responsabilidad del Estado puede resultar en un trato inhumano y degradante⁷¹⁹. En el *caso Price*, una mujer con una discapacidad física resultado del uso de Talidomida fue sometida unas condiciones de detención en las que a causa de su reducida movilidad no podía usar el servicio o acceder a la cama, pues

⁷¹⁷ *Ibid.*, pp. 16 y ss.

⁷¹⁸ Véanse las Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos relativas al segundo informe periódico presentado por Eslovaquia, de 22 de agosto de 2003, párrafo 13 (CCPR/CO/78/SVK), o los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes relativos a sus visitas a la República Checa en 2002, informe de 12 de marzo de 2004 (CPT/Inf (2004) 4), o a Eslovaquia en 2005, informe de 2 de febrero de 2006 (CPT/Inf (2006) 5).

⁷¹⁹ *Price c. Reino Unido, cit. y Keenan c. Reino Unido, cit.*

no estaban adaptados, sin llegar a recibir la asistencia adecuada para satisfacer sus necesidades básicas.

También el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado de forma similar. En el *asunto Clement Francis contra Jamaica*, el Comité consideró el artículo 7 del Pacto había sido vulnerado por el Estado, que desatendió el empeoramiento de la salud mental de un preso condenado a muerte⁷²⁰. De igual forma, en el *caso C. contra Australia*, el Comité entendió que la detención de un solicitante de asilo por las autoridades de inmigración constituyó una violación del artículo 7 del Pacto, en tanto la prolongada duración de la misma derivó en un grave trastorno psiquiátrico de la víctima, que no fue liberada hasta que su situación mental devino irreversible⁷²¹. En ambos casos, fue la situación personal del sujeto la que motivó la condena del Estado pues, a juicio del Comité de Derechos Humanos, la duración prolongada de una detención o la dilación en la ejecución de una persona no constituyen en sí mismas un trato cruel, inhumano o degradante.

Esta jurisprudencia debe ser puesta en relación con el artículo 14.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que como se vio, obliga a los Estados a asegurar que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso sean tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la Convención, incluida la realización de ajustes razonables. La denegación o la falta de realización de estos ajustes no solo vulneraría su derecho a la libertad y seguridad personal, sino que, como ha advertido el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, puede llegar a constituir malos tratos y tortura⁷²².

⁷²⁰ Asunto Clement Francis contra Jamaica, comunicación núm. 606/1994, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 3 de agosto de 1995 (CCPR/C/54/D/606/1994).

⁷²¹ Asunto C. contra Australia, comunicación núm. 900/1999, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2002 (CCPR/C/76/D/900/1999).

⁷²² Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008, *cit.*, pp. 14 y 15.

Debe tenerse en cuenta que esta obligación de atender las necesidades especiales de las personas con discapacidad, así como la obligación general de los Estados de prohibir, impedir y castigar los actos de tortura y malos tratos, se extiende a todas las situaciones en las que exista privación o limitación de la libertad. Y no sólo en las instituciones públicas, sino, como ha puesto de manifiesto el Comité contra la Tortura, en todas aquellas instituciones bajo la jurisdicción o control del Estado, entre las que se encuentran aquellas que atienden a enfermos mentales o personas con discapacidades⁷²³.

1.5.1.5 OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Las obligaciones de los Estados respecto a la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos o degradantes no se circunscriben exclusivamente a la prohibición general de dichas conductas. Complementariamente, con el fin de impedir las y prevenirlas, el artículo 15.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a tomar “todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole que sean efectivas para evitar que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, sean sometidas a torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Estas medidas reproducen las ya enumeradas en el párrafo primero del artículo 2 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, y que como ha manifestado el Comité contra la Tortura, “en definitiva, deben ser eficaces para prevenir la comisión de actos de tortura”⁷²⁴.

Además, el Comité contra la Tortura ha advertido de la importancia de proteger a aquellas personas que resultan vulnerables a causa de la discriminación, entre las que se encuentran las personas con discapacidad, exigiendo a los Estados que garanticen “la protección de los miembros de los grupos que corren mayor

⁷²³ Observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, *cit.*

⁷²⁴ Observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, *cit.*

peligro de ser torturados, enjuiciando y castigando cabalmente todos los actos de violencia y maltrato cometidos contra esas personas y velando por la aplicación de otras medidas positivas de prevención y protección⁷²⁵.

1.5.2 Protección contra la explotación, la violencia y el abuso

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad proporciona en su artículo 16 una protección específica frente a la explotación, la violencia y el abuso. El fundamento de esta atención especializada reside en la propensión que tienen las personas con discapacidad para ser víctimas de estos actos⁷²⁶. El origen de aquella no debe buscarse exclusivamente en la situación de vulnerabilidad en la que habitualmente se encuentran estas personas, sino que puede constatarse la persistencia de determinadas actitudes sociales que, frente a aquellas conductas, derivan en una insuficiencia de la atención necesaria⁷²⁷.

La explotación, la violencia y el abuso son conductas que vulneran el derecho a la integridad física y mental de la persona, pero que, a diferencia de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, se producen en el ámbito privado, siendo perpetradas por sujetos privados o actores no estatales. No obstante, como se verá, bajo determinadas circunstancias un acto privado de violencia contra una persona con discapacidad puede llegar a ser considerado tortura, siendo el Estado responsable del mismo.

Normalmente los actos de violencia, explotación o abuso tienen lugar en el seno familiar, en las instituciones dirigidas a estas personas o en el entorno de su comunidad. De hecho, las personas con discapacidad tienen hasta tres veces más

⁷²⁵ *Ibid.*

⁷²⁶ Véase, por ejemplo, la Observación general n° 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 32.

⁷²⁷ R. Calderbank, "Abuse and Disabled People: vulnerability or social indifference?", 15 (3) *Disability & Society* (2000), pp 521-534.

probabilidades que otra persona de ser víctimas de abuso físico, abuso sexual y violación a manos de sus cuidadores o familiares⁷²⁸.

1.5.2.1 REGULACIÓN

La inclusión de un artículo específico que reconoce el derecho a no ser sometido a explotación, violencia o abusos no es del todo novedosa en los tratados internacionales de derechos humanos. Lo que hace la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es aglutinar todas estas conductas en su artículo 16, con el fin de proporcionar una cobertura más completa e integral.

Anteriormente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer se había referido en su artículo 6 a la trata y la explotación de la prostitución de la mujer. En la Convención sobre los Derechos del Niño, se prevé la adopción de medidas por parte de los Estados para proteger a los niños contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual⁷²⁹. No deben sorprender, por tanto, las continuas referencias a la perspectiva de género y de la infancia en los diversos apartados del artículo 16 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el ámbito de la discapacidad, las Normas Uniformes prevén en su artículo 9.4 la necesidad de una atención particular para que las personas con discapacidad puedan estar informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras formas de maltrato. Por otro lado, la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa dedica su línea de acción núm. 13 a la protección de las personas con discapacidad frente a la violencia y los abusos.

⁷²⁸ Banco Mundial y Universidad de Yale, *Encuesta Global sobre VIH/SIDA y Discapacidad*, Washington: Banco Mundial, 2004, p. 10.

⁷²⁹ Artículos 19.1 y 34 a 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

1.5.2.2 CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

En el texto del artículo 16 de la Convención se utilizan conjunta e indistintamente los términos explotación, violencia y abuso, de manera que no resulta una tarea sencilla diferenciar entre ellos. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que la violencia contra la mujer incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad⁷³⁰. Por su parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución AP (2005) 1 sobre la protección de los adultos y de los niños con discapacidad contra los abusos, definió el abuso como cualquier acto u omisión que, intencionada o negligentemente, suponga una violación de los derechos humanos, las libertades, la integridad física o mental, la dignidad o el bienestar de una persona vulnerable⁷³¹. Estos abusos pueden manifestarse a través de diversas formas concretas, incluidas la violencia física o psicológica, la explotación o el abuso sexual, el abandono, el abuso sobre los bienes de la persona, las intervenciones que vulneren la integridad del sujeto o la violencia institucionalizada⁷³².

En cualquier caso, tampoco parece que fuese la voluntad del Comité Especial encargado de negociar la Convención diferenciar entre dichas conductas, motivo por el cual eligió la fórmula genérica incluida en el artículo 16⁷³³. A modo de aproximación, pudiera afirmarse que con la expresión “todas las formas de explotación, violencia y abuso” se está haciendo referencia a aquellos actos que,

⁷³⁰ Recomendación general núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, La violencia contra la mujer, de 1992, párrafo 6 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 280 y ss.).

⁷³¹ Punto 1.1 del apéndice de la Resolución AP (2005) 1 sobre la protección de los adultos y de los niños con discapacidad contra los abusos, *cit.*

⁷³² Sobre las formas concretas de abuso, véase el informe preparado por Hilary Brown para el Consejo de Europa, H. Brown, *Safeguarding adults and children against abuse*, Estrasburgo: COE Publishing, 2003, pp. 29 y ss.

⁷³³ Véase la Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, publicada el 14 de octubre de 2005, párrafo 64 (A/AC.265/2006/1).

perpetrados en el entorno privado de la persona, son susceptibles de lesionar su derecho a la integridad física y mental.

1.5.2.3 PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE A LA VIOLENCIA Y EL ABUSO

Con carácter general, los Estados deben adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias para proteger a las personas con discapacidad contra todas las formas de explotación, violencia y abuso. El artículo 16.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad especifica que esa protección debe realizarse tanto en el seno del hogar como fuera de él, a la vez que determina la naturaleza de las medidas a adoptar, que serán de carácter legislativo, administrativo, social, educativo o de otra índole⁷³⁴. De forma más particular, esas medidas irán dirigidas tanto a impedir que se produzca cualquier situación de abuso, violencia o explotación, como a atender a aquellas personas que han sido víctimas de dichas situaciones. En cualquier caso, la Convención exige que el género y la edad de la persona con discapacidad sean tenidos en cuenta por los Estados a la hora de ofrecer una respuesta adecuada.

Con el fin de impedir futuros casos de explotación, violencia o abuso, el artículo 16.2 de la Convención prevé la prestación por los Estados de formas adecuadas de asistencia y apoyo, incluidas la información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar dichos supuestos. En el artículo 9.4 de las Normas Uniformes, debido a la vulnerabilidad particular de las personas con discapacidad al maltrato en la familia, en la comunidad o en las instituciones, se precisa que tanto ellas como sus familias necesitan estar plenamente informadas acerca de las precauciones que se deben tomar contra el abuso sexual y otras

⁷³⁴ Resulta evidente el paralelismo existente entre el artículo 16.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que obliga a los Estados a adoptar “todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

formas de maltrato, así como ser educadas sobre la manera de evitarlo para que puedan reconocer cuándo han sido víctimas de él y notificar dichos casos. Además, el artículo 16.3 de la Convención obliga a los Estados a asegurar que todos los servicios y programas diseñados para servir a las personas con discapacidad sean supervisados de forma efectiva por autoridades independientes. A este respecto, la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015), que también prevé un sistema de atención especializada para aquellas personas alojadas en centros o instituciones, solicita a los Estados miembros del Consejo de Europa que procuren que se dispense una formación apropiada sobre la protección contra la violencia y los abusos a todas las personas que intervengan en un marco institucional especializado para las personas con discapacidad, así como en los servicios de asistencia generales⁷³⁵.

Cuando no ha sido posible impedir un caso de explotación, violencia o abuso, los Estados deben, estableciendo las medidas oportunas, promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las víctimas. Dicha recuperación e integración deberán tener lugar, en virtud del artículo 16.4 de la Convención, en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona⁷³⁶. El Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) incluido en la Recomendación R (2006) 5 prevé asimismo la posibilidad de incluir medidas de indemnización o resarcimiento para las víctimas de la violencia o los abusos⁷³⁷. No obstante, la falta de fuerza vinculante de dicha previsión supone que la inclusión de

⁷³⁵ Punto 3.13.3.viii del Plan de Acción.

⁷³⁶ Este artículo sigue el modelo previsto en el artículo 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que “los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.”.

⁷³⁷ Puntos 3.13.3.iii y iv del Plan de Acción.

medidas de naturaleza indemnizatoria dependa de la voluntad política de cada Estado.

1.5.2.4 RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS POR LOS ACTOS COMETIDOS POR PARTICULARES

El último apartado del artículo 16 de la Convención incluye una importante obligación para los Estados que, conjuntamente con los enunciados del precepto vistos, puede tener consecuencias jurídicas más allá del ámbito estricto de la discapacidad. El artículo 16.5 obliga a los Estados a adoptar legislaciones y políticas efectivas, incluidas aquellas centradas en la mujer y en la infancia, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados. Si un Estado se mantiene indiferente ante estos actos, estará vulnerando la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es más, cuando un marco legislativo no apropiado pueda resultar en la impunidad de los actos de violencia o abuso, el Estado puede estar incumpliendo las obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

El Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha señalado al respecto que “los Estados pueden consentir la violencia contra las personas con discapacidad de muchas formas, entre otras, mediante marcos legislativos y prácticas discriminatorias, tales como leyes que les priven de su capacidad jurídica o que no les aseguren un acceso equitativo a la justicia, lo cual da lugar a la impunidad de esos actos de violencia”⁷³⁸.

Por su parte el Comité contra la Tortura ha clarificado que:

“18. [...] cuando las autoridades del Estado u otras personas que actúan a título oficial o al amparo de la ley tienen conocimiento o motivos fundados para creer

⁷³⁸ Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008, *cit.*, párrafo 69.

que sujetos privados o actores no estatales perpetran actos de tortura o malos tratos y no ejercen la debida diligencia para impedir, investigar, enjuiciar y castigar a dichos sujetos privados o actores no estatales de conformidad con la Convención, el Estado es responsable y sus funcionarios deben ser considerados autores, cómplices o responsables por otro concepto en virtud de la Convención por consentir o tolerar esos actos inaceptables. La negligencia del Estado a la hora de intervenir para poner fin a esos actos, sancionar a los autores y ofrecer reparación a las víctimas de la tortura facilita y hace posible que los actores no estatales cometan impunemente actos prohibidos por la Convención, por lo que la indiferencia o inacción del Estado constituye una forma de incitación y/o de autorización de hecho. El Comité ha aplicado este principio a los casos en que los Estados Partes no han impedido actos de violencia de género, como la violación, la violencia en el hogar, la mutilación genital femenina o la trata, o no han protegido a las víctimas”⁷³⁹.

En consecuencia, a tenor de la interpretación del Comité contra la Tortura, un Estado puede llegar a ser responsable en virtud de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de los actos de violencia cometidos por un particular cuando por indiferencia o inacción no los ha impedido o ha permitido su impunidad. De igual manera, en el marco de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer advirtió que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”⁷⁴⁰.

Por tanto, la lucha contra la violencia, la explotación o el abuso no puede depender exclusivamente de la política social de los Estados, pues la falta de adopción de las medidas examinadas o la ineficacia de las mismas puede devenir en responsabilidad del Estado por actos perpetrados por los particulares. Será necesario que los Estados que no lo hayan hecho, adopten los marcos jurídicos oportunos para erradicar, en la medida de lo posible, dichas conductas.

⁷³⁹ Observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, *cit.*

⁷⁴⁰ Recomendación general N° 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *La violencia contra la mujer, cit.*, párrafo 9.

1.6 DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho de acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás. Se trata de una manifestación concreta del derecho general a la justicia que, en el ámbito de la discapacidad, tiene una importante repercusión. Por ese motivo, no se analiza en este apartado el derecho a la justicia o a la administración de justicia globalmente considerada, sobre el que ya existe abundante literatura jurídica, sino aquellos aspectos relativos al acceso a la justicia que resultan de relevancia para quienes tienen una discapacidad.

1.6.1 El acceso a la justicia como derecho de participación

Siguiendo a Francioni, el acceso a la justicia podría ser definido como el derecho del individuo, no sólo de acceder ante un tribunal, sino de que su causa sea oída⁷⁴¹. No obstante, el significado que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se otorga a este derecho es mucho más amplio, pues incluye la participación tanto directa como indirecta en todos los procedimientos judiciales, y se extiende sobre toda la administración de justicia. En consecuencia, el derecho de acceso a la justicia, en el ámbito concreto de la discapacidad, consistiría en el derecho de las personas con discapacidad a participar efectivamente en todas aquellas funciones derivadas de la administración de justicia.

La trascendencia de este derecho es doble, pues su vulneración puede implicar también la de otro derecho. Si una persona con discapacidad ha visto menoscabado alguno de sus derechos, y no puede acceder de forma efectiva ante los tribunales para ser resarcida, no sólo se habrá vulnerado su derecho de acceso a la justicia, sino también el derecho lesionado por el cual se pretendía acceder a la misma.

⁷⁴¹ F. Francioni, *Access to Justice as a Human Right*, Nueva York: Oxford University Press, 2007, pp. 1 y 3.

Las barreras que limitan el acceso de las personas con discapacidad a la justicia son de muy variada naturaleza⁷⁴². Existen barreras físicas que limitan el acceso a los edificios destinados a la administración de justicia. Los elevados costes y la complejidad del sistema jurisdiccional impiden que muchas personas con discapacidad se planteen acudir a los tribunales cuando alguno de sus derechos ha sido lesionado. La falta de información adecuada y de sistemas de asistencia o apoyo legal son otro impedimento más para estas personas. Tampoco es habitual que se dispensen los ajustes necesarios para facilitar la comunicación con aquellas personas con discapacidades sensoriales, mentales o intelectuales. Junto con estas barreras físicas, económicas y sociales persisten en los ordenamientos jurídicos determinadas barreras legales que limitan su participación en los procesos, que impiden su actuación como testigos o jurados, o que incluso prohíben su acceso a la abogacía o la carrera judicial.

1.6.2 Regulación

El derecho de acceso a la justicia se regula con carácter específico y vinculante en el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Es un derecho relativamente novedoso, pues no se prevé de forma expresa en ningún instrumento internacional de derechos humanos, con excepción del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prevé la prestación de asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes cuando sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. De hecho, no se previó su inclusión como derecho autónomo hasta bien avanzadas las negociaciones del Proyecto de Convención⁷⁴³. No obstante, una vez

⁷⁴² Véase por ejemplo, Inclusion Europe, *Equal Rights for all! Access to rights and justice for people with intellectual disabilities*, Bruselas: Inclusion Europe, 2005, pp. 28 y ss.

⁷⁴³ Véase el informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones, de 23 de febrero de 2005, *cit.*, párrafo 24.

propuesta su incorporación, el actual artículo 13 recibió un apoyo casi unánime por parte de los Estados.

El hecho de que los tratados generales de derechos humanos no se refieran expresamente al derecho de acceso a la justicia no significa que éste no tenga una base jurídica en aquellos. Como derecho derivado del derecho general a la justicia, el derecho de acceso a la misma tiene su fundamento jurídico en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que aunque el artículo 6 no establece expresamente un derecho de acceso a los tribunales, dicho derecho emana del conjunto de derechos enunciados en el. Este derecho de acceso a los tribunales, que el Tribunal ha definido como el derecho a instituir procedimientos ante los órganos jurisdiccionales en asuntos de naturaleza civil, forma parte del derecho a la tutela judicial, derivado del artículo 6 del Convenio⁷⁴⁴. Sin embargo, el derecho de acceso a la justicia, tal como se enuncia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, va más allá de la delimitación formulada por el Tribunal Europeo.

1.6.3 Contenido del derecho

El artículo 13.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a asegurar “que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso

⁷⁴⁴ *Golder c. Reino Unido*, sentencia de 21 de febrero de 1975, Series A núm. 18. “36. Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1). This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 (art. 6-1) read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the *Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8*), and to general principles of law. The Court thus reaches the conclusion, without needing to resort to “supplementary means of interpretation” as envisaged at Article 32 of the Vienna Convention, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only [...]”.

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, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

De la regulación del derecho de acceso a la justicia en el artículo 13 se extraen una serie de consecuencias. En primer lugar, este derecho ampara a las personas con discapacidad tanto si quieren ejercer su derecho a la tutela judicial, y no exclusivamente en la jurisdicción civil, como si participan de cualquier otra forma en el proceso. Por tanto, no puede afirmarse que el derecho de acceso a la justicia implique exclusivamente el derecho a la tutela judicial, puesto que se extiende a situaciones en las que la persona con discapacidad participa de forma indirecta, sea como testigo tal como prevé el artículo 13.1 como si lo hace en calidad de perito o jurado. En segundo lugar, el derecho se extiende sobre todas las fases de todos los procedimientos judiciales, incluidas las preliminares. En tercer lugar, para asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus funciones en igualdad de condiciones con los demás, los Estados están obligados a adoptar ajustes de procedimiento adecuados a la edad. La denegación de estos ajustes podría ser constitutiva de discriminación en virtud de los artículos 2 y 5 de la Convención.

De la correcta adecuación de los ajustes y la asistencia a las necesidades particulares de cada persona con discapacidad dependerá la efectividad del derecho de acceso a la justicia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el Estado debe proporcionar asistencia letrada cuando la misma sea indispensable para un acceso efectivo a la tutela judicial, incluso en la jurisdicción civil cuando la misma resulte obligatoria o a causa de la complejidad del proceso⁷⁴⁵. Esta necesidad de asistencia también ha sido reconocida en aquellos casos en que la capacidad

⁷⁴⁵ *Airey c. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979, Series A núm. 32.

intelectual de la parte le impide participar efectivamente en los procedimientos⁷⁴⁶. En ese sentido, como se ha visto, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea obliga a prestar “asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

Debe tenerse en cuenta que para que el acceso a la justicia sea real y efectivo, es necesario que además se cumplan determinados presupuestos. Entre ellos resulta imprescindible que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, bien de forma autónoma, bien a través de las medidas de apoyo necesarias cuando no puedan hacerlo por ellas mismas de forma independiente. Si una persona no tiene reconocida la aptitud jurídica necesaria para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, difícilmente podrá hacer valer los mismos ante los tribunales⁷⁴⁷.

De forma complementaria, el artículo 13.2 de la Convención prevé, a fin de asegurar el acceso efectivo a la justicia, que los Estados promuevan “la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”. En relación con esta capacitación, en la línea de acción núm. 12 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) incluido en la Recomendación R (2006) 5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se propone, como medida positiva dirigida a lograr el acceso al sistema jurídico, la sensibilización general de los miembros de profesiones jurídicas a las cuestiones relativas a la discapacidad⁷⁴⁸. Ya se ha hablado en esta tesis de la importancia de las medidas de sensibilización y concienciación para superar determinadas barreras y eliminar viejos prejuicios en torno a la discapacidad.

⁷⁴⁶ *S. C. c. Reino Unido*, sentencia de 15 de junio de 2004, núm. 60958/00, ECHR 2004-IV.

⁷⁴⁷ Véase el apartado de esta tesis relativo al derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley, pp. 325 y ss.

⁷⁴⁸ Punto 3.12.1 del Plan de Acción.

El inciso del artículo 13.2 pone de relieve, por un lado, que el propósito de facilitar el acceso a la justicia a quienes tienen una discapacidad se plantea de forma integral. Más allá de la adopción de medidas concretas, con la capacitación del personal al servicio de la administración de justicia se pretende crear un entorno más favorable y accesible para las personas con discapacidad. Por otro lado, también se desprende del precepto que el concepto de administración de justicia utilizado en la Convención tiene un carácter notablemente extensivo, pues lejos de limitarse a los órganos jurisdiccionales, abarca también al personal policial y penitenciario.

A modo de conclusión, puede afirmarse que el derecho de acceso a la justicia regulado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, más allá de su consideración específica como derecho procesal, se configura como un derecho general de acceso y participación aplicado al ámbito de la administración de justicia. Como tal, precisa de un mayor desarrollo normativo o jurisprudencial, pues los textos jurídicos existentes apenas desarrollan su alcance concreto. Además, como señalan Clements y Read respecto a la jurisdicción del Tribunal Europeo, todavía persisten numerosas barreras y obstáculos que impiden el acceso de las personas con discapacidad a la justicia⁷⁴⁹. Una prueba de ello es el reducido número de asuntos que, en relación con los derechos de las personas con discapacidad, llegan al conocimiento de instancias internacionales.

1.7 LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA

Al igual que el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho de toda persona a circular libremente y a elegir su residencia en el

⁷⁴⁹ L. Clements y J. Read, "The Dog That Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights", en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 21-33.

territorio de un Estado⁷⁵⁰. La libertad de circulación, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona⁷⁵¹. Lo mismo ocurre con la libertad de escoger residencia, que afecta a la esfera más privada del individuo.

Con carácter específico para las personas con discapacidad, en el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se reconoce el derecho “a la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Tradicionalmente, estos derechos se han configurado como derechos negativos, dirigidos a proteger al individuo de las injerencias externas. Dichas libertades no sólo amparan a la persona frente a las posibles intervenciones o intromisiones de los poderes públicos. Los Estados deberán, según se indica en la Observación general núm. 27 del Comité de Derechos Humanos, proteger estos derechos también de la injerencia privada⁷⁵².

Sin embargo, los derechos a la libertad de circulación y de residencia, ampliamente reconocidos y desarrollados en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, continúan siendo derechos de difícil acceso para las personas con discapacidad. Ello se debe, no tanto a la posible injerencia externa, sino a la ausencia de medidas eficaces dirigidas a adaptar el ejercicio y disfrute de estos derechos a las necesidades concretas de estas personas. Por ese motivo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad regula dos derechos específicos sin cuya realización la efectividad del derecho a la libertad de

⁷⁵⁰ Este derecho también está reconocido en los artículos 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 15.4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como en el artículo 2 del Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁷⁵¹ Observación general núm. 27 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 12 La libertad de circulación, de 1999 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 202 y ss.).

⁷⁵² *Ibid.*

circulación y residencia resultaría mermada: el derecho a la movilidad personal y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.

Los derechos a la movilidad personal y a vivir independientemente son específicos para las personas con discapacidad en tanto garantizan unas condiciones que normalmente se dan por supuestas en otras personas. En este sentido, consideramos que estos derechos derivan de las libertades de desplazamiento y residencia en la medida en que añaden obligaciones positivas a los Estados respecto de derechos tradicionalmente negativos.

No creemos que pueda afirmarse que el derecho a la movilidad personal y el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad sean la traslación de la libertad de circulación y residencia al ámbito de la discapacidad. Las personas con discapacidad son titulares de las libertades de desplazamiento y residencia en los mismos términos que cualquier otra persona. Los derechos de movilidad y vida independiente son un presupuesto necesario para que las personas con discapacidad puedan ejercer dichas libertades en igualdad de condiciones. Si una persona con discapacidad no puede elegir cómo vivir ni moverse en la forma o momento que desee, difícilmente podrá circular o establecerse en el lugar de su elección. Así, estos derechos extienden el contenido de las clásicas libertades de circulación y residencia a las particulares de las personas con discapacidad, reafirmando que, según se vio, la Convención reformula, modifica y añade nuevos conceptos a los derechos humanos *tradicionales*⁷⁵³.

⁷⁵³ Véase el apartado de esta tesis relativo a la estructura, contenido y alcance de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pp. 105 y ss., así como F. Mégret, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or...”, *op. cit.*, pp. 499 y ss.; y R. Kayess y P. French, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

Pero además, el alcance de estos derechos es superior a las libertades citadas, pues también son requisito necesario para el ejercicio de muchos otros derechos⁷⁵⁴. De hecho, su estrecha relación con el derecho a la accesibilidad o los principios de autonomía, independencia e inclusión dificultan su consideración estricta como derechos civiles y políticos. A nuestro entender, los derechos a la movilidad personal y a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad constituyen un ejemplo paradigmático del moderno enfoque adoptado en la Convención, que, como se dijo *supra*, no sólo no diferencia expresamente entre derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales, sino que en ocasiones entremezcla elementos propios de ambas categorías.

1.7.1 Movilidad personal

La movilidad es definida en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de la OMS como “el movimiento al cambiar el cuerpo de posición o de lugar; al coger, mover o manipular objetos, al andar correr o trepar y cuando se emplean varios medios de transporte”⁷⁵⁵. Por tanto, la movilidad personal se refiere a la capacidad de movimiento que, de acuerdo a sus circunstancias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, tiene una persona.

De manera tradicional, la movilidad de una persona con discapacidad se ha tratado desde el punto de vista médico, subordinada a un derecho más general a la rehabilitación. Sin embargo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha reafirmado y consolidado el derecho a gozar de movilidad personal con la mayor independencia posible como verdadero derecho humano. Ello implica que el disfrute de una movilidad individual lo más independiente posible es un derecho subjetivo de cada persona, que exige del Estado una serie de actuaciones

⁷⁵⁴ Piénsese, por ejemplo, en las dificultades que tendría una persona para acceder a un trabajo si no pudiese desplazarse hasta el mismo de una manera lo más independiente posible, o cómo podría una persona fundar una familia si no pudiese elegir dónde o con quién vivir.

⁷⁵⁵ CIF, *cit.*, p. 148.

concretas. Hasta la Convención, ningún instrumento jurídicamente vinculante había regulado la movilidad personal como derecho autónomo.

Este reconocimiento es importante, no sólo para facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de desplazamiento, sino porque como se advierte en las Normas Uniformes, el hecho de que las personas con discapacidad puedan alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad es un requisito imprescindible para la igualdad en la participación⁷⁵⁶.

1.7.1.1 MOVILIDAD Y ACCESIBILIDAD

Antes de analizar su regulación en la Convención, conviene diferenciar la movilidad personal de la accesibilidad. Si bien ambos conceptos están muy relacionados, pues tienen por finalidad mejorar el acceso y la participación de las personas con discapacidad, responden a un planteamiento muy diferente. Mientras que la movilidad personal se refiere a las medidas de apoyo a la persona para favorecer su movimiento y desplazamiento, la accesibilidad viene referida a aquellas medidas dirigidas a facilitar el acceso de las personas al entorno físico, la información o los transportes⁷⁵⁷. Esto es, la movilidad personal se centra en el individuo y la accesibilidad en su entorno. Esta importante diferencia llevó a los Estados, durante el proceso negociador de la Convención, a descartar la incorporación de los enunciados sobre movilidad personal en el artículo dedicado a la accesibilidad, y a dedicar artículos separados e independientes para ambos derechos.

Consecuentemente, el acceso de las personas con discapacidad y con movilidad reducida a los medios de transporte se analiza en el apartado dedicado al derecho a la accesibilidad. Es cierto que el acceso al transporte contribuye a la movilidad de las personas con discapacidad. No obstante, no es la movilidad,

⁷⁵⁶ Artículos 1 a 3 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

⁷⁵⁷ Véase al respecto el informe anual de 2006 de la Disability Monitor Initiative, “*Free Movement of People with Disabilities in South East Europe: An Inaccessible Right?*”, pp. 16 y ss., accesible en <http://www.disabilitymonitor-see.org>.

entendida en sentido amplio, sino la movilidad personal el derecho que se está analizando. Ya durante los primeros trabajos del Grupo de Trabajo del Comité Especial encargado de elaborar la Convención los Estados decidieron añadir el término “personal” a la expresión “movilidad” para diferenciarla del derecho más amplio a la libertad de desplazamiento⁷⁵⁸. En este sentido, cuando la Comisión Europea se ha referido a la movilidad como derecho y como componente de la ciudadanía de la Unión, no ha tratado la movilidad personal en sentido estricto, sino la movilidad entendida básicamente como la posibilidad de desplazamiento de una persona mediante el uso del transporte⁷⁵⁹.

1.7.1.2 OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS

El artículo 20 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a adoptar “medidas efectivas para asegurar que las personas con discapacidad gocen de movilidad personal con la mayor independencia posible”. Entre esas medidas, el artículo enumera cuatro. En primer lugar, los Estados deberán facilitar la movilidad personal de las personas con discapacidad en la forma y en el momento que deseen a un costo asequible. En segundo lugar, de forma más específica, deberá facilitarse el acceso de las personas con discapacidad a formas de asistencia humana o animal e intermediarios, tecnologías de apoyo, dispositivos técnicos y ayudas para la movilidad de calidad, incluso poniéndolos a su disposición también a un costo asequible. Ello incluiría, por ejemplo, las sillas de ruedas, los perros guía, los intérpretes de lengua de señas o el personal de apoyo. En tercer lugar, deberá procurarse a las personas con discapacidad y al personal especializado que trabaje con estas personas capacitación en habilidades relacionadas con la movilidad. Y en cuarto lugar, los Estados

⁷⁵⁸ Véase, por ejemplo, la nota al pie de página 72 del anexo I del informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial presentado en 2004 (A/AC.265/2004/WG.1).

⁷⁵⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000, Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad, pp. 8 y ss. (COM (2000) 284 final).

deberán alentar a las entidades que fabrican ayudas para la movilidad, dispositivos y tecnologías de apoyo a que tengan en cuenta todos los aspectos de la movilidad de las personas con discapacidad.

Adicionalmente, la letra a) del artículo 24.3 de la Convención prevé que los Estados brinden a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades relativas a su movilidad, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad.

No hay en el artículo 20 especificación alguna respecto de cuándo un costo se puede considerar asequible, por lo que dependerá de la apreciación de cada Estado. Lawson ha señalado que el artículo ofrece una gran flexibilidad para los Estados, así como margen de decisión a la hora de cumplir con sus obligaciones⁷⁶⁰. Esta flexibilidad podría explicarse, a nuestro entender, en el carácter técnico y sumamente heterogéneo de las medidas propuestas. La asistencia concreta que una persona puede necesitar para conseguir un grado superior de independencia en su movilidad puede abarcar muy diversas formas⁷⁶¹.

Además del artículo 20, el artículo 4 de la Convención, relativo a las obligaciones generales de los Estados, recoge el compromiso de los Estados a “emprender o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible”. Como se dijo en relación con la Resolución AP (2001) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a las nuevas tecnologías integradoras, estas tecnologías pueden contribuir a mejorar las

⁷⁶⁰ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 600.

⁷⁶¹ Véase al respecto, por ejemplo, el *paper* de Christian Dayé, Gesa Hansen y Paul Panek “Assistive Technology for Persons with Disabilities and Older People with Impaired Mobility”, presentado en la conferencia *Ageing and Disability: Disabled people are ageing - ageing people are becoming disabled*, celebrada en Graz, Austria, los días 8 y 9 de junio de 2006 (accesible en <http://www.ageing-and-disability.com>).

oportunidades de las personas con discapacidad, pero también crear nuevos obstáculos. Por ese motivo resulta importante que las nuevas tecnologías, además de tener en consideración la perspectiva de la discapacidad, puedan ser utilizadas para satisfacer sus necesidades, incluidas las limitaciones en su movilidad.

En el ámbito europeo, el artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada exige a los Estados que, con la finalidad de asegurar el efectivo ejercicio del derecho a su independencia, a la integración social y a la participación en la comunidad de las personas con discapacidad, promuevan su plena integración social y participación en la vida comunitaria, a través de la adopción de medidas dirigidas a superar las barreras en la comunicación y la movilidad, y permitiendo el acceso al transporte, la vivienda y las actividades culturales y recreativas⁷⁶². Sin embargo, por el contexto del artículo, que hace referencia a la superación de barreras, más parece que el término “movilidad” se refiere al derecho a la accesibilidad que a la movilidad personal. El Comité Europeo de Derechos Sociales tampoco ha contribuido a aclarar el significado y alcance de dicho término, pues en sus últimas Conclusiones se ha limitado a examinar de forma conjunta la movilidad y la accesibilidad en el transporte⁷⁶³. Es más, cuando ha requerido información al respecto se ha limitado a solicitarla respecto del acceso a los transportes públicos⁷⁶⁴.

El derecho a gozar de la mayor independencia posible en la movilidad personal extiende el contenido clásico del derecho a la libertad de desplazamiento, contribuyendo a facilitar su ejercicio por parte todas las personas con discapacidad

⁷⁶² Artículo 15 de la Carta Social Europea revisada: “*With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular: [...] 3. to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure*”.

⁷⁶³ Véanse, por ejemplo, las Conclusiones de 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, relativas a Lituania, p. 466, Malta, p. 506, Holanda, pp. 586 y 687, o Portugal, p.689.

⁷⁶⁴ Por ejemplo, en las Conclusiones de 2008 (Eslovenia) del Comité Europeo de Derechos Sociales, p. 21.

con dificultades motrices. Su configuración como derecho autónomo, y no necesariamente dependiente del derecho a la rehabilitación de la persona, constituye una novedad tanto en materia de discapacidad como en el Derecho internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, la regulación de la movilidad personal es bastante genérica y, probablemente, demasiado flexible. Será necesario un desarrollo posterior que termine de configurar las directrices y requerimientos que exige la adecuada observancia de este derecho.

1.7.2 Derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad

El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad no solo extiende el alcance del derecho a la libertad de desplazamiento estableciendo una serie de obligaciones positivas para los Estados, sino que además constituye un presupuesto básico para el respeto de la dignidad de todas las personas con discapacidad y el ejercicio real de sus derechos humanos. Su fundamento radica en el principio de autonomía individual, reconocido expresamente en la letra a) del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

1.7.2.1 ANTECEDENTES

El origen del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad hay que situarlo en el Movimiento de Vida Independiente que comenzó en Estados Unidos durante la década de los sesenta bajo el lema “*Nothing about us without us*”⁷⁶⁵. Este movimiento, además de contribuir a la construcción del modelo social de la discapacidad, basó su estrategia política en la crítica de la situación de las personas con discapacidad dentro de las estructuras sociales preponderantes. Con la finalidad de mejorar su calidad de vida, el movimiento que sigue vigente en nuestros días con presencia en todos los continentes se opone a las

⁷⁶⁵ Véase al respecto J. Vidal García Alonso (Coord.), *El Movimiento de Vida Independiente: Experiencias Internacionales*, Madrid: Fundación Luis Vives, 2003, pp. 39 y ss.

estructuras de opresión social que persisten sobre la discapacidad⁷⁶⁶. Con ese fin, una de sus principales reivindicaciones consiste en conseguir que las personas con discapacidad puedan integrarse y vivir en la comunidad sin discriminación y ejerciendo el control sobre los asuntos que les afectan.

La influencia del Movimiento de Vida Independiente sobre la normativa jurídica internacional en materia de discapacidad se aprecia desde la misma década de los setenta, cuando en el punto 4 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971 se incluyó expresamente que “de ser posible, el *retrasado mental* debe residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad”. De esta manera, si bien es cierto que los tratados de derechos humanos no hicieron referencia expresa a este derecho, discrepamos con Mégret respecto a la novedad que supone el reconocimiento del mismo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁷⁶⁷, pues sus primeras manifestaciones surgieron hace casi cuatro décadas.

Ya en 1994, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hizo pública la gravedad de los efectos de la discriminación basada en la discapacidad en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos, por lo que consideró indispensable que se adoptase una legislación amplia y antidiscriminatoria en relación con la discapacidad, para que a través de la cual se incluyesen “programas de política social que permitirían que las personas con discapacidad pudieran llevar una vida integrada, independiente y de libre determinación”⁷⁶⁸.

⁷⁶⁶ M. Oliver, *The Politics of Disablement*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

⁷⁶⁷ “*Very closely related to this notion of participation (and in itself an undeniably new right) is the right to “live in the community”*”. F. Mégret, “The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or...”, *op. cit.*, p. 510.

⁷⁶⁸ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafos 15 y 16.

1.7.2.2 CONCEPTO Y REGULACIÓN

Siguiendo a Degener, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad podría ser definido como la posibilidad de las personas con discapacidad de tener el control respecto de los servicios que necesitan y de estar políticamente implicadas y capacitadas para conseguir la igualdad de oportunidades⁷⁶⁹. De forma más precisa, podría afirmarse que, para las personas con discapacidad, este derecho implica tener el control sobre su propia vida, eligiendo sus propios objetivos y actividades, y teniendo además la posibilidad de realizarlos, contando para ello con las herramientas, las estrategias y el apoyo personal o animal necesarios⁷⁷⁰.

El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad se regula expresamente en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el artículo 15 de la Carta Social Europea revisada y en el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También se refiere al mismo el principio 3 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental y el artículo 4 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

1.7.2.3 CONTENIDO MATERIAL DEL DERECHO

El artículo 19 de la Convención 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, asegurando en especial que:

⁷⁶⁹ T. Degener, “Disabled persons and human rights: the legal framework”, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁷⁰ S. Litvak y A. Enders, “Support Systems: The Interface between Individuals and Environments”, en G. Albrecht, K. D. Seelman y M Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks: Sage Publications, 2001, p. 725.

- a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;
- b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;
- c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades”.

La letra a) del artículo 19 reconoce el derecho de las personas con discapacidad a vivir dónde, cómo y con quién elijan. Evidentemente no es un derecho absoluto, en el sentido de que no implica que los Estados deban asegurar a cualquier persona, con o sin discapacidad, que pueda fijar su residencia en el lugar exacto que desee (por ejemplo, en un determinado barrio residencial)⁷⁷¹. Este derecho supone que debe ser la propia persona con discapacidad la que, como hace cualquier ciudadano, determine su propio modelo de vida. En este sentido, se está reconociendo a la persona la capacidad de decidir de qué modo quiere vivir, así como las personas con las que vivir, que no necesariamente han de ser sus familiares.

Además, los Estados deben asegurar que las personas con discapacidad no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. Con ello se hace referencia a los modelos de institucionalización y de internamiento forzoso, que ya han sido objeto de análisis en esta tesis⁷⁷². Es notorio que en la Convención, de

⁷⁷¹ Pese a la obviedad de esta afirmación, durante el proceso negociador algunos Estados mostraron su preocupación sobre la posibilidad de que el artículo fuese susceptible de tal interpretación.

⁷⁷² El motivo por el cual no se empleó expresamente la expresión “institución” fue para evitar que implícitamente se pudiese interpretar la admisibilidad de la institucionalización como opción. Al respecto, el Presidente del Comité Especial afirmó que “en cuanto al apartado a) no parecía haber discrepancias en cuanto al fondo, es decir, que las personas con discapacidad no se vean obligadas a vivir con una determinada estructura, incluidas las instituciones, pero a algunas delegaciones les preocupaba que al decir que las personas con discapacidad no se vean obligadas a vivir en una institución se apruebe de manera implícita el empleo de la institución por sí misma. Por ello, sugiero que no se haga ninguna referencia específica al término “instituciones” ya que está abarcado en la expresión genérica de “con una determinada estructura”. Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, publicada el 14 de octubre de 2005, párrafo 74 (A/AC.265/2006/1).

acuerdo a las tendencias más recientes en la materia, se apuesta por un sistema de integración y *desinstitucionalización* de las personas con discapacidad.

Con este reconocimiento se supera la disposición enunciada en el principio 3 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, que prevé que “toda persona que padezca una enfermedad mental tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad”. La Convención, en cambio, no matiza ni limita dicho derecho.

Por otro lado, no debe considerarse que el derecho a vivir de forma independiente o de forma autónoma implique que la persona no reciba ningún tipo de apoyo o asistencia externa. Precisamente es ese apoyo el que posibilita la efectividad del derecho, ya que a través de mismo es como la persona consigue situarse en igualdad de condiciones. Considerar que el concepto de “vida independiente” implica actuar por uno mismo es una concepción totalmente errónea del mismo. Precisamente lo que caracteriza al derecho a vivir de forma independiente es la posibilidad de la persona de tener la capacidad de decisión y el control sobre la asistencia y los medios requeridos, así como tener garantizado el acceso a los servicios que pueda precisar⁷⁷³. Consecuentemente, la letra b) del artículo 19 exige a los Estados asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad. Estos servicios incluyen la asistencia personal necesaria para que la persona pueda estar efectivamente situada e incluida en la comunidad, evitando su exclusión.

También en el artículo 4 de la Norma Uniformes se solicita a los Estados que velen por el establecimiento y la prestación de servicios de apoyo a las personas con

⁷⁷³ Véase al respecto Office for Disability Issues (HM Government), *Independent Living. A cross government strategy about independent living for disabled people*, Londres: Office for Disability Issues, 2008, pp. 11 y ss.

discapacidad, incluidos los recursos auxiliares, a fin de ayudarles a aumentar su nivel de autonomía en la vida cotidiana y a ejercer sus derechos⁷⁷⁴.

El hecho de garantizar el derecho a vivir de forma independiente con la finalidad de asegurar la inclusión social de la persona pudiera parecer contradictorio⁷⁷⁵. No obstante, los conceptos de independencia e inclusión no sólo no sólo son compatibles, sino que están ligados hasta el punto que uno se vería privado de sentido sin el otro, pues responden a una misma idea. El derecho a vivir de forma independiente necesita para su realización del derecho a la inclusión en la comunidad, pues de lo contrario esta independencia se convertiría en aislamiento o incluso segregación. Una persona sólo podrá considerarse verdaderamente incluida en la comunidad si tiene la capacidad real de decidir el modo en que vive en la misma. De igual manera, una persona no podrá tener capacidad real de decisión si sólo puede ejercerla al margen de su comunidad.

También derivada del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad es la previsión de la letra c) del artículo 19, que exige que las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general, esto es, no específicamente dirigidos a las personas con discapacidad, estén a disposición de las mismas y tengan en cuenta sus necesidades. La vida independiente y la inclusión en la comunidad no solo debe garantizarse a través de del acceso a servicios de asistencia específicos, pues existe una gran variedad de los que

⁷⁷⁴ Además, en el artículo 4 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad se enumeran una serie de servicios de apoyo específicos, entre los que se encuentran los equipo y recursos auxiliares, la asistencia personal y los servicios de intérprete según las necesidades de las personas con discapacidad.

⁷⁷⁵ Esta contradicción aparente se debe a varias razones, algunas de las cuales son analizadas en la Carta de fecha 26 de mayo de 2003 del Director Ejecutivo del Instituto Danés de Derechos Humanos dirigida al Secretario de Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/AC.265/2003/CRP/9). Esta confusión habitual se debe, entre otros motivos, a: “a) *the traditional liberal thinking on the need to protect the individual from a paternalistic state*, b) *the importance of the concept in thinking on deliberative and participatory democracies*, c) *the fact that true personal self-determination requires influence on the political process*, and d) *the need for meaningful interrelations with other human beings in order to develop one’s personality and identity*”.

cualquier ciudadano puede ser usuario, y que no deben excluir a quienes tienen una discapacidad.

Esta obligación está directamente relacionada con el principio de accesibilidad regulado en los artículos 3 y 9 de la Convención. El artículo 9 prevé que “a fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público”. En consecuencia, puede afirmarse que la accesibilidad es un instrumento necesario para facilitar el ejercicio del derecho a la vida independiente y la inclusión comunitaria⁷⁷⁶. No obstante, como ya se vio, la accesibilidad posee una doble naturaleza como principio y como derecho que justifica un tratamiento independiente en esta tesis, por lo que su análisis específico se realiza, como derecho autónomo, en otro apartado de la misma⁷⁷⁷.

En el ámbito europeo, el artículo 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho de las personas con discapacidad “a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”, aunque no especifica cuáles son dichas medidas. En cambio, el artículo 15 de la Carta Social Europea revisada, con la finalidad de garantizar el efectivo ejercicio del derecho a su independencia, a la integración social y a la participación en la comunidad de las personas con discapacidad, sí detalla un conjunto de medidas

⁷⁷⁶ Véase al respecto J. Vidal García Alonso (Coord.), *op. cit.*, pp. 72 y ss.

⁷⁷⁷ Véanse las pp. 457 y ss. de esta tesis.

que los Estados parte España no lo es deberán asegurar⁷⁷⁸. Entre otras medidas, se incluyen aquellas dirigidas a superar las barreras en la comunicación y la movilidad, que permitan el acceso al transporte, la vivienda y las actividades culturales y recreativas con el fin de asegurar su plena integración social y participación en la vida comunitaria. Además, para identificar con mayor precisión el contenido y alcance de estas medidas, es necesario que los Estados tengan en consideración el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa, que dedica su línea de acción núm. 8 a la vida de las personas con discapacidad dentro de la sociedad.

En el *asunto Autismo-Europa contra Francia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales destacó el papel que el artículo 15 de la Carta revisada desempeña para las personas con discapacidad, señalando que con el mismo se marca un hito en la evolución del sistema de valores que se ha ido perfilando en todos los países europeos, de suerte que el tratamiento de las personas con discapacidad ha dado paso a un enfoque más preocupado por respetarlas como ciudadanos de pleno derecho, cuyos derechos esenciales deben ser su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad⁷⁷⁹.

⁷⁷⁸ Artículo 15 de la Carta Social Europea revisada: “*With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular:*

1. to take the necessary measures to provide persons with disabilities with guidance, education and vocational training in the framework of general schemes wherever possible or, where this is not possible, through specialised bodies, public or private;

2. to promote their access to employment through all measures tending to encourage employers to hire and keep in employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled or, where this is not possible by reason of the disability, by arranging for or creating sheltered employment according to the level of disability. In certain cases, such measures may require recourse to specialised placement and support services;

3. to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure”.

⁷⁷⁹ *Autismo-Europa contra Francia*, decisión de 4 de noviembre de 2003, *cit.*, párrafo 48: “*As emphasised in the General Introduction to its Conclusions of 2003 (p. 10), the Committee views Article 15 of the Revised Charter as both reflecting and advancing a profound shift of values in all European countries over*

En definitiva, el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad constituye, además de un derecho independiente perfectamente exigible ante los tribunales, un requisito necesario para que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma real y efectiva sus demás derechos humanos y ver respetada su dignidad intrínseca. Su inclusión en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad supone el reconocimiento al esfuerzo que durante muchas décadas vienen realizando las personas con discapacidad a través de su movimiento asociativo en todas las regiones del mundo. Sin embargo, serán las medidas concretas que los Estados desarrollen las que determinarán su verdadero alcance y eficacia.

1.8 DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN

Como también se ha visto en otros apartados, el derecho a la libertad de opinión y expresión interacciona con otros muchos derechos humanos de forma bastante relevante para las personas con discapacidad⁷⁸⁰. En primer lugar, este derecho es requisito necesario para el disfrute real y efectivo de otros derechos. Por ejemplo, si una persona con discapacidad no puede recibir información ni expresarse de forma efectiva, difícilmente podrá ejercer su derecho a participar en la vida política o pública. En segundo lugar, el derecho a la libertad de opinión y expresión depende, en mayor o menor medida, de la realización de otros derechos, cuya violación menoscabaría igualmente el disfrute de aquél por las personas con discapacidad. Así, si una persona no recibe una educación específica o un tratamiento de rehabilitación adecuado, no estará en condiciones de poder expresarse, por ejemplo, a través de lenguajes alternativos, como el de señas, o de leer Braille.

the past decade away from treating them as objects of pity and towards respecting them as equal citizens – an approach that the Council of Europe contributed to promote, with the adoption by the Committee of Ministers of Recommendation (92) 6 of 1992 on a coherent policy for people with disabilities. The underlying vision of Article 15 is one of equal citizenship for persons with disabilities and, fittingly, the primary rights are those of “independence, social integration and participation in the life of the community [...]”.

⁷⁸⁰ N. Flowers (ed.), *Human Rights. Yes! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities*, Minneapolis: University of Minnesota Human Rights Center, 2007, pp. 61 y 62.

No obstante, existen barreras de naturaleza diversa que limitan el ejercicio por quienes tienen una discapacidad del derecho a la libertad de expresión y opinión. No es habitual que en la vida diaria se facilite a las personas con discapacidad la posibilidad de expresarse mediante medios o modos diferentes a los *habituales*. Además, a pesar de que cada vez se realizan mayores esfuerzos, la información que distribuyen los poderes públicos y los medios de comunicación apenas tiene en consideración a quienes presentan dificultades para ver, oír o, incluso, comprender⁷⁸¹.

1.8.1 Regulación

El derecho a la libertad de opinión y de expresión se reconoce en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, con más detalle, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También los artículos 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regulan dicho derecho. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere específicamente a la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información en su artículo 21. Además, aunque no reconozcan expresamente el derecho, las Normas Uniformes y el Programa de Acción Mundial contienen diversas referencias al mismo⁷⁸². Por su parte, el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa dedica su línea de acción núm. 3 a la información y la comunicación en el ámbito de la discapacidad.

⁷⁸¹ Por ejemplo, las principales páginas web de la mayoría de los Estados no cumplen con los requisitos mínimos de accesibilidad, pese a su adaptación a las personas con discapacidad no entraña grandes dificultades técnicas ni elevados costes. Nota de prensa de Naciones Unidas de 5 de diciembre de 2006 (PI/1756/SOC/4721).

⁷⁸² Por ejemplo, en el párrafo 154 del Programa de Acción Mundial, dentro del apartado sobre información y educación pública se prevé que se preste “a los *impedidos* y a sus organizaciones igualdad de acceso, empleo, recursos suficientes y capacitación por lo que se refiere a la información pública, a fin de que puedan expresarse libremente valiéndose de los medios de información y comunicar sus opiniones y experiencias al público en general”.

1.8.2 Contenido esencial y límites

Los derechos a la libertad de expresión y de opinión, intrínsecamente vinculados, guardan entre sí importantes diferencias. El derecho a la libertad de opinión es el derecho de toda persona a no ser molestado a causa de sus opiniones⁷⁸³. Por su carácter privado e interno no puede, como el Comité de Derechos Humanos ha señalado, estar sujeto a excepciones o restricciones⁷⁸⁴. En cambio, según se desprende del artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la libertad de expresión comprende la libertad de difundir ideas e informaciones de toda índole, así como la libertad de buscarlas y recibirlas. Todo ello sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento⁷⁸⁵. Por tanto, el acceso a la información forma parte del núcleo esencial del derecho.

A diferencia de la libertad de opinión, que permanece en la esfera interna de la persona, el derecho a la libertad de expresión supone un acto de exteriorización que, en ocasiones, puede dañar o perjudicar a otros; en consecuencia, como ha advertido el Comité de Derechos Humanos, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto”⁷⁸⁶. No obstante, dichas restricciones, como se prevé en el Pacto Internacional y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y han sido reiteradas por la jurisprudencia internacional, deberán estar previstas de forma expresa en la ley y únicamente podrán imponerse con el fin de proteger los derechos o la reputación de los demás, o de salvaguardar la seguridad nacional, el

⁷⁸³ Artículo 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷⁸⁴ Observación general núm. 10 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 19 – Libertad de opinión, de 1983, párrafo 1 (HRI/GEN/1/Rev.7, p. 150).

⁷⁸⁵ Artículo 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

⁷⁸⁶ Observación general núm. 10 del Comité de Derechos Humanos, *cit.*, párrafo 4.

orden público o la salud o la moral públicas. Además, dichas restricciones deberán justificarse como necesarias a fin de que el Estado alcance alguno de esos propósitos⁷⁸⁷. En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que el derecho a la libertad de expresión e información se vulnera al privar a una persona internada en una institución psiquiátrica de poder leer, escuchar la radio o ver la televisión sin más justificación que la necesidad terapéutica⁷⁸⁸.

1.8.3 Obligaciones positivas

Sin embargo, ni el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se refiere al contenido y alcance general de estos derechos, ni creemos que sea éste el lugar de hacerlo. El artículo 21 tiene como finalidad permitir a las personas con discapacidad, teniendo en cuenta sus circunstancias particulares, ejercer dichos derechos en igualdad de condiciones con los demás. Para ello establece una serie de obligaciones positivas para el Estado sobre un derecho, la libertad de expresión y opinión, que tradicionalmente se ha configurado como derecho negativo⁷⁸⁹.

El artículo 21 de la Convención requiere de los Estados la adopción “de todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención”.

A los efectos de la Convención, la "comunicación" incluye “los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Herczegfalvy c. Austria, cit.*

⁷⁸⁹ Véase al respecto R. Kayess y P. French, *op. cit.*, pp. 32 y 33, así como F. Mégret, “The Disabilities Convention: Towards...”, *op. cit.*, p. 266.

dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”⁷⁹⁰. Asimismo, la referencia al lenguaje abarca, según el mismo artículo 2 de la Convención, tanto lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal. Consecuentemente, la Convención adapta los modos y medios *clásicos* a través de los cuales cualquier persona ejercía su derecho a la libertad de expresión a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad⁷⁹¹.

Además, el artículo 21 especifica de forma no exhaustiva diversas medidas específicas que los estados deberán adoptar necesariamente. Respecto a la información dirigida al público en general, los Estados deberán tener en consideración a las personas con discapacidad, facilitándola en formato accesible y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad, de manera oportuna y sin costo adicional. Cuando se trate de relaciones oficiales, esto es, con las instituciones y organismos públicos, no sólo deberá facilitarse sino también aceptar la utilización de la lengua de señas, el Braille, los modos, medios, y formatos aumentativos y alternativos de comunicación y todos los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles que elijan las personas con discapacidad.

En esta línea, en el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa se precisa que “los organismos públicos, en particular, tienen la obligación de hacer accesibles sus informaciones en varios formatos que respondan a las distintas necesidades de las personas con discapacidad. Estos

⁷⁹⁰ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁹¹ Si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé que cualquier persona pueda ejercer su derecho a la libertad de expresión “oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, lo cierto es que esta cláusula abierta parece insuficiente para clarificar las diferentes formas de comunicación al alcance de las personas con discapacidad.

organismos deberían también dar ejemplo al sector privado y a todos los proveedores de servicios a las personas con discapacidad, a quienes también se debería animar a adoptar dichas prácticas”⁷⁹².

De igual manera, el artículo 21 de la Convención exige a los Estados alentar a las entidades privadas que presten servicios al público en general, en especial a los medios de comunicación, a que procuren que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad⁷⁹³. Debido a los costes que estas adaptaciones pueden suponer, las nuevas tecnologías integradoras, a las que ya nos hemos referido, pueden constituir una herramienta útil y eficaz.

Finalmente, la letra e) del artículo 21 requiere que los Estados reconozcan y promuevan la utilización de la lengua de señas. El alcance de esta obligación es incierto, pues muchos Estados se negaron a incluir una referencia al reconocimiento oficial de la lengua de señas en la Convención, tal como estaba previsto en el primer borrador del texto, debido, no sólo al coste y al carácter gravoso que dicha obligación podría suponer para los Estados, sino también a las dificultades que implicaría para aquellos Estados inmersos en polémicas lingüísticas. Pudiera pensarse entonces que la obligación de reconocer la lengua de señas en la Convención equivale a su consideración efectiva por los Estados como lengua usada por determinadas personas con discapacidad, más que a su proclamación como lengua oficial.

No obstante, en el ámbito europeo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha manifestado, primero a través de su Recomendación 1492 (2001)⁷⁹⁴, y posteriormente a través de su ya citada Recomendación 1598 (2003), la importancia de la lengua de signos en los Estados europeos y la necesidad de proceder a su

⁷⁹² Punto 3.3.1.

⁷⁹³ Letras c) y d) del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁷⁹⁴ Recomendación 1492 (2001) de la Asamblea Parlamentaria, sobre los derechos de las minoría nacionales, de 23 de enero de 2001.

reconocimiento oficial. Pese a ello, ni el Comité de Ministros se ha ocupado de dicha cuestión ni se han desarrollado actuaciones posteriores relevantes al respecto⁷⁹⁵.

1.9 DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

Como cualquier persona, las personas con discapacidad tienen el derecho a que se respete su vida privada y familiar. Sin embargo este derecho se ha visto desatendido con demasiada frecuencia⁷⁹⁶. En muchas ocasiones la causa se debe a la persistencia de actitudes y prejuicios erróneos que producen efectos muy negativos sobre las personas con discapacidad⁷⁹⁷. Ha sido habitual considerar, por ejemplo, que estas personas carecen de intimidad. Por esa razón se ha prestado escasa atención al respeto de su privacidad. También persisten dudas infundadas acerca de la capacidad de las personas con discapacidad para formar una familia, motivo por el cual se les han negado derechos como el matrimonio o la paternidad.

Pese a que los tratados internacionales de derechos humanos ofrecen una protección general de los derechos a la vida privada y familiar, ésta se ha demostrado insuficiente para quienes tienen una discapacidad⁷⁹⁸. Era necesario que en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se trataran de forma específica estos derechos desde un enfoque adaptado a sus circunstancias particulares. Y así se hizo. En un principio se pensó en desarrollar un único artículo que regulase el derecho al respeto de la privacidad, del hogar y la familia; no obstante, según avanzaron las negociaciones los Estados consideraron más oportuno dividir el precepto en dos artículos separados. El texto que finalmente se adoptó regula, en su artículo 22, el respeto de la privacidad, y en su artículo 23, el

⁷⁹⁵ Sobre la situación de la lengua de señas en el ordenamiento jurídico español, véase J. G. Storch de Gracia (coord.), *Estatuto Jurídico de las Lenguas de Señas en el Derecho Español*, Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2005.

⁷⁹⁶ Véase G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 44.

⁷⁹⁷ L. Despouy, *op. cit.*, párrafo 190.

⁷⁹⁸ Véase, por ejemplo, G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 41 y ss.

respeto del hogar y de la familia. Puesto que ambos derechos tienen una entidad y un alcance diferenciados, se analizan a continuación de forma separada.

1.9.1 Respeto de la privacidad

Quinn y Degener advierten de la dificultad que supone proteger el derecho a la vida privada de las personas con discapacidad, pues resulta habitual que estas personas tengan que aceptar la presencia de muchas otras personas en su esfera más personal, como familiares, médicos, terapeutas, auxiliares o personal de apoyo⁷⁹⁹. La complicación es aún mayor si se tiene en cuenta que algunas personas mantienen todavía la convicción de que interferir en la privacidad de una persona con discapacidad, especialmente aquellas de tipo intelectual o mental, resulta permisible si no son plenamente conscientes de ello⁸⁰⁰. No puede negarse que subsisten prejuicios y prácticas nocivas respecto a la intimidad y la vida personal de las personas con discapacidad.

1.9.1.1 REGULACIÓN Y CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho a la vida privada o a la intimidad se regula, además de en el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De forma específica para las personas con discapacidad, aunque sin carácter vinculante, los artículos 13.1.b) de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental y 13.2 de las Normas Uniformes de 1993 también se refieren al respeto de la privacidad.

Con unos términos similares a los utilizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos de

⁷⁹⁹ *Ibid.*, p. 44.

⁸⁰⁰ N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 98.

las Personas con Discapacidad establece que “ninguna persona con discapacidad, independientemente de cuál sea su lugar de residencia o su modalidad de convivencia, será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación”, añadiendo que estas personas “tendrán derecho a ser protegidas por la ley frente a dichas injerencias o agresiones”.

Se aprecian dos diferencias con la regulación prevista en el Pacto. En primer lugar, el artículo 22 de la Convención especifica que la persona con discapacidad debe estar protegida frente a las injerencias arbitrarias o ilegales sobre su privacidad con independencia del lugar o el modo en el que viva. Con ello se está haciendo referencia, especialmente, a los supuestos en que estas personas viven en entornos institucionalizados, donde son más frecuentes este tipo de conductas. En segundo lugar, el precepto extiende la protección de la privacidad de la correspondencia a cualquier otro tipo de comunicación. La expresión “correspondencia” que utiliza el Pacto responde a un momento histórico en el que el correo postal era la principal forma de comunicación escrita entre personas. Actualmente, el correo postal se ha visto superado por nuevos sistemas de comunicación, como los mensajes de texto, el correo electrónico o las videoconferencias, por lo que el artículo 22 amplía expresamente el alcance de dicha protección. No debe obviarse que, como se ha visto, las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones desempeñan un papel muy importante para la autonomía e integración de las personas con discapacidad.

El derecho a la intimidad debe estar garantizado respecto de todas injerencias o ataques, provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas⁸⁰¹. El Comité de Derechos Humanos ha ejercido su función interpretativa respecto de

⁸⁰¹ Observación general núm. 16 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, de 1988, párrafo 1 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 162 y ss.).

los términos “arbitrarias o ilegales” referidos a las injerencias⁸⁰². La expresión “injerencias ilegales” significa que “no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley”, mientras que el término “arbitrarias” se extiende sobre aquellas injerencias que, aún previstas en la ley, no estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto ni sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares del caso.

1.9.1.2 EL CONCEPTO DE VIDA PRIVADA Y SU EXTENSIÓN POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Más dificultades entraña el concepto de “vida privada”. Es indiscutible que la vida privada de cualquier persona, con o sin discapacidad, debe estar protegida de forma adecuada, pero, surgen numerosos interrogantes acerca del contenido y alcance de dicho término.

En relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo ha señalado que la noción de vida privada responde a un término amplio, que como tal no es susceptible de ser definido de forma exhaustiva⁸⁰³. En esa línea, el Tribunal ha ido delimitando los diversos elementos de la esfera personal que quedan amparados por el derecho al respeto a la vida privada⁸⁰⁴. Como se vio, el Tribunal ha extendido el derecho a la vida privada al establecimiento y desarrollo de relaciones con otras personas y el entorno⁸⁰⁵. De igual manera, a raíz del *asunto Pretty*, el Tribunal consideró que el principio de autonomía personal formaba parte de las garantías derivadas del respeto a la vida

⁸⁰² *Ibid.*, párrafos 3 y 4.

⁸⁰³ *Bensaid c. Reino Unido, cit.*

⁸⁰⁴ Véase, por ejemplo, A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2004, pp. 127 y ss.

⁸⁰⁵ “29. *The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life" [...]. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world [...]*”. *Niemietz c. Alemania, cit.*

privada⁸⁰⁶. Gracias a esta interpretación del artículo 8 del Convenio, las personas con discapacidad han visto incrementadas sus posibilidades de acceso a la jurisdicción del Tribunal.

De alguna forma el Tribunal Europeo se ha servido del artículo 8 y del concepto de vida privada para conocer de asuntos de los que, según el tenor literal de Convenio Europeo de Derechos Humanos, no podría haber conocido. Incluso se ha planteado la posibilidad de exigir a los Estados la adopción de medidas positivas, incluida la realización de ajustes razonables, cuando sean necesarios para permitir el pleno disfrute de la vida privada y familiar de las personas con discapacidad⁸⁰⁷. Para ello el Tribunal ha exigido que exista una relación directa e inmediata entre las medidas solicitadas y la vida privada del demandante, así como que dichas medidas no supongan una carga desproporcionada para el Estado⁸⁰⁸. No obstante, como ya se dijo, el Tribunal no ha considerado todavía en ninguno de los casos planteados que haya existido violación del artículo 8 del Convenio como consecuencia de la denegación de ajustes o medidas positivas a una persona con discapacidad.

Si bien la interpretación del Tribunal Europeo respecto del concepto de vida privada ha resultado relativamente imprecisa y, en ocasiones, sumamente extensiva, el Comité de Derechos Humano tampoco ha arrojado demasiada luz al respecto. Ni

⁸⁰⁶ “61. As the Court has had previous occasion to remark, the concept of “private life” is a broad term not susceptible to exhaustive definition [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”. *Pretty c. Reino Unido*, cit.

⁸⁰⁷ “33. In the instant case the applicant complained in substance not of action but of a lack of action by the State. While the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this negative undertaking, there may be positive obligations inherent in effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves [...]”. *Botta c. Italia*, cit. Véanse también, *Marzari c. Italia*, cit., y *Zehnalová y Zehnal c. República Checa*, cit.

⁸⁰⁸ Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos en relación con la vida privada de las personas con discapacidad y a realización de ajustes razonables, véase O. De Schutter, “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 35-63.

definió dicho concepto en su Observación general relativa al derecho a la intimidad, ni su jurisprudencia ha sido de ayuda para clarificar el significado de la expresión⁸⁰⁹. Anna Lawson, consciente de la amplitud con la que puede llegar a interpretarse el término privacidad, ha advertido del gran potencial que el artículo 22 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puede representar en conjunción con otros derechos de la Convención⁸¹⁰.

1.9.1.3 LA PRIVACIDAD EN EL ÁMBITO DE LA SALUD

Finalmente, el artículo 22.2 de la Convención exige a los Estados proteger “la privacidad de la información personal y relativa a la salud y a la rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. En tanto las personas con discapacidad tienden a precisar de manera más o menos habitual, según el origen de su discapacidad, los servicios de salud y rehabilitación previstos para ellas, esta mención expresa se encuentra completamente justificada. Ya en el artículo 13.2 de las Normas Uniformes se establecía la necesidad de proteger la vida privada y la integridad personales en lo relativo a la posibilidad de establecer una base de datos relativa a la discapacidad, que incluya estadísticas sobre los servicios y programas disponibles y sobre los distintos grupos de personas con discapacidad. Para Frédéric Mégret, la previsión del artículo 22.2 constituye un ejemplo de cómo los derechos civiles y políticos — derecho a la privacidad — se entremezclan con los económicos y sociales — derecho a la salud y la rehabilitación — a lo largo de la Convención⁸¹¹.

1.9.2 Respeto del hogar y la familia

En su Observación general núm. 5, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales criticó la frecuencia con la que a las personas con discapacidad se les

⁸⁰⁹ De hecho, tampoco durante el proceso de redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prestó una atención suficiente al concepto de vida privada. Véase M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl: Engel, 1993, p. 294.

⁸¹⁰ A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 612.

⁸¹¹ F. Mégret, “The Disabilities Convention: Towards...”, *op. cit.*, p. 266.

ignoran o deniegan los derechos relativos a la familia⁸¹². Resulta demasiado habitual que a las personas con discapacidad se les limite la posibilidad de contraer matrimonio, de fundar una familia, de tener hijos o, cuando los tienen, de poder ejercer su paternidad. También encuentran grandes dificultades para mantener relaciones sentimentales con otras personas o para poder experimentar su sexualidad. En ocasiones no es la normativa de los Estados la que niega o restringe estos derechos, sino la persistencia de determinadas actitudes negativas por parte de la familia o del personal médico o institucional que rodea a estas personas⁸¹³. Todavía en el siglo XXI permanecen arraigados en la sociedad determinados estereotipos y convicciones que presuponen, más allá del caso concreto, la incapacidad de estas personas para vivir en matrimonio o para ejercer las obligaciones derivadas de su paternidad.

1.9.2.1 REGULACIÓN

La negación de estos derechos no puede justificarse en la falta de reconocimiento de los mismos en la normativa jurídica internacional. Los artículos 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho de cualquier persona en edad núbil y mediante su libre y pleno consentimiento, a casarse y fundar una familia. También el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere al matrimonio, exigiendo a los Estados que concedan a la familia la más amplia protección y asistencia posibles. Con carácter específico para la mujer, el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer regula su derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, exigiendo a los Estados la adopción de todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares. En el marco jurídico

⁸¹² Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafos 30 y 31.

⁸¹³ Véase L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 190 y 197, así como N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 99.

europeo, también el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce en su artículo 12 el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia. Este derecho se recoge con términos casi idénticos en el artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, como ya se ha visto en otras ocasiones, aunque las personas con discapacidad debieran tener perfectamente asegurado el ejercicio y el respeto de su derecho al matrimonio o a fundar una familia, la realidad es bien distinta. La ausencia de una regulación específica al respecto ha significado que se no se hayan tenido en consideración las circunstancias y dificultades particulares que encuentran las personas con discapacidad al ejercer estos derechos. Por este motivo, a través del artículo 9 de las Normas Uniformes se pidió a los Estados que promoviesen “la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia” así como “su derecho a la integridad personal y velar por que la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación”.

Pero, dado su carácter recomendatorio, el reconocimiento de estos derechos en las Normas Uniformes no resultaba suficiente. Por ese motivo los Estados creyeron necesario incluir un artículo específico en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El artículo 23 establece en su párrafo primero que “los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás”.

Las disposiciones del artículo 23, como declaró el Presidente del Comité Especial encargado de preparar la Convención, son, en esencia, cláusulas de no

discriminación⁸¹⁴. Con ellas se pretende que las personas con discapacidad se puedan regir en estas cuestiones por los mismos valores, normas y costumbres aplicables en general al resto de la población y no por normas diferentes.

Pero además, el artículo 23 de la Convención se caracteriza por ser un precepto extenso y complejo. Extenso porque, como consecuencia de la discriminación histórica que las personas con discapacidad han sufrido respecto al respeto de sus derechos familiares, el artículo regula de forma detallada un amplio conjunto de aspectos relativos al matrimonio, a la familia, la procreación, la fertilidad o los derechos familiares de los niños. Y complejo porque durante la negociación se trataron aspectos que resultaron polémicos o controvertidos para un número importante de Estados, que mostraron diversas reticencias en la redacción del artículo, lo cual ha derivado en un lenguaje ambiguo y, en ocasiones, poco preciso⁸¹⁵.

El artículo 23 establece una protección específica del derecho al respeto del hogar y la familia de las personas con discapacidad a través del reconocimiento de unos derechos concretos. En particular, reconoce el derecho a contraer matrimonio, a fundar una familia y ejercer la paternidad, a mantener la fertilidad, y a la custodia, la guardia, la tutela o la adopción. Asimismo se especifican los derechos del niño respecto a la vida en familia.

1.9.2.2 EL DERECHO A CONTRAER MATROMONIO

El artículo 23.1.a) reconoce el derecho de todas las personas con discapacidad a contraer matrimonio. Los presupuestos exigidos para el ejercicio del derecho son

⁸¹⁴ Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, *cit.*, párrafo 85.

⁸¹⁵ Por ejemplo, China se mostró contraria a reconocer un derecho general de la persona a decidir el número de hijos que una persona quiera tener sin tener en consideración las políticas de natalidad de cada territorio, mientras que otros Estados, principalmente los árabes, se opusieron a incluir referencia alguna a la sexualidad de las personas con discapacidad. Otros Estados, como Israel o la Santa Sede, mostraron su disconformidad con regular el derecho a fundar una familia fuera del matrimonio.

los mismos que se exigen para cualquier otra persona. En primer lugar, estar en edad de contraer matrimonio, que podrá variar dependiendo de la legislación de cada Estado y de las circunstancias concretas del caso. En segundo lugar, que el matrimonio se realice sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges. Aunque la Convención guarda silencio, entendemos que sólo podrá ser un profesional de la salud, siguiendo el procedimiento legalmente establecido, quien dictamine si la persona carece de la capacidad de consentir plenamente.

Si bien el Comité de Derechos Humanos se refirió a la incapacidad mental como un factor especial que puede restringir el ejercicio del derecho a contraer matrimonio⁸¹⁶, dicha afirmación debe ser matizada. Una discapacidad mental o intelectual no limita, por sí misma, el derecho de la persona al matrimonio. Es la incapacidad para expresar el pleno consentimiento el factor que restringe el ejercicio del derecho. Como se vio respecto al artículo 12 de la Convención, aún cuando la capacidad jurídica de una persona con discapacidad es plena, es posible que en determinados casos no puedan ejercitar de forma autónoma su capacidad jurídica, porque su capacidad de comprender, decidir o expresar su voluntad esté limitada. En estos casos, la imposibilidad de ejercer el derecho a contraer matrimonio se justifica en la necesidad de proteger la integridad de la persona que no es plenamente consciente de lo que ello supone.

La jurisprudencia ha sostenido que el derecho a contraer matrimonio no implica necesariamente el derecho al divorcio⁸¹⁷. Sin embargo, cuando la normativa nacional permita el divorcio, la separación legal o la disolución del matrimonio, las

⁸¹⁶ Observación general núm. 19 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia, de 1990, párrafo 4 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 171 y ss.).

⁸¹⁷ Así se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *asunto Johnston y otros c. Irlanda*, sentencia de 18 de diciembre de 1986, Series A núm. 112.

personas con discapacidad deben poder acceder a estos arreglos en igualdad con las demás personas⁸¹⁸.

1.9.2.3 EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

La letra a) del artículo 23.1 reconoce asimismo el derecho a fundar una familia. Aún cuando el Comité de Derechos Humanos ha advertido de la dificultad que entraña definir el concepto de “familia”, ha señalado que el derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos⁸¹⁹. En cualquier caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró que en el contexto de la discapacidad el término “familia” debe interpretarse ampliamente y de conformidad con las costumbres locales apropiadas⁸²⁰.

El derecho a fundar una familia implica que las personas con discapacidad deben ver respetado su derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro⁸²¹. Respecto a este derecho, que también se reconoce de forma expresa en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer observó que existe amplio acuerdo en que “cuando se dispone libremente de medidas apropiadas para la regulación voluntaria de la

⁸¹⁸ Aunque el Comité de Derechos Humanos sólo ha reconocido la igualdad de derechos y obligaciones durante el matrimonio respecto al hombre y la mujer (observación general núm. 19, *cit.*, párrafo 8), y no en lo relativo al caso particular de las personas con discapacidad, es más que evidente que la discapacidad nunca puede ser un factor que justifique un trato discriminatorio al respecto.

⁸¹⁹ Observación general núm. 19, *cit.*, párrafos 2 y 5.

⁸²⁰ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 30.

⁸²¹ Artículo 23.1.b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

fecundidad, mejoran la salud, el desarrollo y el bienestar de todas las personas de la familia”⁸²².

1.9.2.4 DERECHOS REPRODUCTIVOS Y SEXUALES

Requisito para el ejercicio real y efectivo del derecho a fundar una familia es que, como exige el artículo 23.1.b) de la Convención, se garantice el “acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos”. Ello implica que las personas con discapacidad deben tener información acerca de las medidas anticonceptivas y su uso, así como garantías de recibir educación sexual y servicios de planificación de la familia, a fin de adoptar una decisión con conocimiento de causa respecto de medidas anticonceptivas seguras y fiables⁸²³.

El artículo 23.c) de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, a mantener su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. Aunque el texto que finalmente adoptó el Comité Especial omitió cualquier referencia expresa a la esterilización forzada, no cabe duda de que esta práctica es contraria al derecho a conservar la fertilidad, además de suponer una violación del derecho a la integridad física y mental de la persona. La esterilización forzada de una persona con discapacidad, estos es, sin su consentimiento, es una práctica aberrante y vejatoria, contraria a su dignidad y sus derechos humanos, y más cercana a la eugenesia que a la verdadera protección de la persona.

⁸²² Recomendación general núm. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, de 1994, párrafo 23 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 287 y ss.).

⁸²³ Así lo ha entendido el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al interpretar conjuntamente los artículos 16.1.e) y 10.h) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuyos enunciados se corresponden de forma casi idéntica con los artículos 23.1.b) y 25.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (véase la recomendación general núm. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *cit.*, párrafo 22).

En los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental se advertía que nunca podrá aplicarse la esterilización como tratamiento de la enfermedad mental⁸²⁴, mientras que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, en el caso de las mujeres con discapacidad, una operación de esterilización o de aborto sin haber obtenido previamente su consentimiento, dado con conocimiento de causa, constituirá una grave violación de sus derechos humanos⁸²⁵. También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha reiterado en diversas ocasiones que la esterilización forzosa de la mujer resulta contraria a las normas imperativas de derechos humanos⁸²⁶. Y dado que el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no se refiere exclusivamente a la mujer, idénticas afirmaciones pueden hacerse respecto a la esterilización forzada del hombre con discapacidad.

Nada se dice, en cambio, respecto de la sexualidad de las personas con discapacidad, pese a que durante el proceso negociador de la Convención se plantearon numerosas propuestas al respecto. Es cierto que el derecho a salud regulado en el artículo 25 prevé la adopción de programas de atención a la salud en el ámbito de la salud sexual. Pero la Convención no ha desarrollado el artículo 9.2 de las Normas Uniformes, que sostenía que:

“Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de experimentar su sexualidad, tener relaciones sexuales o tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados. Las personas con discapacidad deben tener el mismo acceso que las demás a los métodos de

⁸²⁴ Principio 11.12.

⁸²⁵ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 31.

⁸²⁶ Véase, por ejemplo, la recomendación general núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la violencia contra la mujer, de 1992, párrafo 22 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 280 y ss.).

planificación de la familia, así como a información accesible sobre el funcionamiento sexual de su cuerpo”.

Respecto a esta recomendación de las Normas Uniformes, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó que “esas necesidades y esos deseos deben reconocerse, y debe tratarse de ellos en los contextos del placer y la procreación”, puesto que en “todo el mundo es frecuente que se denieguen esos derechos a los hombres y las mujeres con discapacidad”⁸²⁷. Pero el artículo 23 de la Convención únicamente se refiere a las “relaciones personales”, sin precisar el contenido o significado de las mismas. Fue una de las concesiones que hubo que hacer para conseguir aprobar el proyecto de Convención. La sexualidad, y especialmente la sexualidad de las personas con discapacidad, continúa siendo un tabú en muchos Estados y para muchas personas.

1.9.2.5 OTROS DERECHOS FAMILIARES

Por otro lado, el artículo 23.2 de la Convención obliga a los Estados a garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares. Para ello los Estados deberán prestar la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Siendo el interés superior del niño el criterio que debe regir cualquier intervención al respecto, nunca la discapacidad podrá ser motivo para limitar estos derechos. Teniendo en cuenta que los Estados deben asistir a las personas con discapacidad en la crianza de los hijos, y que, según se vio en relación con el artículo 12 de la Convención, tienen además la obligación de proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica cuando no la pueden ejercer de forma independiente, no cabe pensar en limitar dichos derechos por motivos diferentes a los que sean de aplicación para cualquier otra persona.

⁸²⁷ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 31.

Los tres últimos puntos del artículo 23 de la Convención regulan los derechos familiares del niño en los casos en que éste o sus progenitores tengan una discapacidad. El artículo 23.3 parte del reconocimiento al niño con discapacidad de los mismos derechos que cualquier niño respecto a la vida en familia⁸²⁸. Estos derechos, reconocidos con carácter específico en la Convención sobre los Derechos del Niño, se refieren básicamente a su crianza y desarrollo⁸²⁹. El artículo 23.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño *impedido* a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”. En este sentido, con el fin de hacer efectivos estos derechos y prevenir conductas como la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, “los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias”⁸³⁰.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad puntualiza además que los niños y las niñas no podrán ser separados de sus padres contra su voluntad, y en ningún caso por el hecho de que el niño o sus padres tengan una discapacidad. Únicamente podrán ser separados “cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño”⁸³¹. Si esto sucediese, los Estados, en virtud del artículo 23.5, deberán hacer todo lo posible por proporcionar al niño una

⁸²⁸ Un estudio específico sobre los derechos familiares del niño y su regulación en el Derecho internacional puede encontrarse en G. Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998, pp. 67 y ss.

⁸²⁹ Véanse los artículos 9, 18, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁸³⁰ Artículo 23.3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁸³¹ Artículo 23.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

atención alternativa dentro de la familia extensa o, si fuese imposible, en un entorno familiar dentro de la comunidad.

Como se ha dicho, aún cuando muchos de los derechos expuestos se encuentran perfectamente reconocidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados, es la persistencia de determinadas actitudes negativas la que dificulta, en muchos casos, el ejercicio de los mismos por parte de las personas con discapacidad. Las Normas Uniformes pedían a los Estados “promover medidas encaminadas a modificar las actitudes negativas ante el matrimonio, la sexualidad y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad, en especial de las jóvenes y las mujeres con discapacidad, que aún siguen prevaleciendo en la sociedad”⁸³². Tan importante como el reconocimiento de los derechos resulta la función *concienciadora* que los Estados debieran llevar a cabo. En este sentido, el artículo 8 de la Convención recoge el compromiso de los Estados de adoptar medidas “inmediatas, efectivas y pertinentes” para sensibilizar a la sociedad, incluso a nivel familiar, para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad, de luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida, y de promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

1.10 DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA VIDA POLÍTICA Y PÚBLICA

En una sociedad democrática y respetuosa con los derechos humanos, las personas con discapacidad deben poder ejercer sus derechos políticos como cualquier otra persona. Sin embargo, muchos Estados que se han preocupado de asegurar un nivel de vida digno para las personas con discapacidad, han obviado o limitado algunos de sus derechos políticos más básicos, como el derecho al voto⁸³³. La exclusión de las personas con discapacidad de la vida política y pública responde a

⁸³² Artículo 9.3.

⁸³³ L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 43 y 44.

varias causas⁸³⁴. En ocasiones, las legislaciones nacionales limitan expresamente a las personas con determinadas discapacidades el derecho al voto o a participar en la dirección de los asuntos públicos. Otras veces, son otras barreras, como la falta de accesibilidad o la ausencia de información las que *de facto* restringen su participación⁸³⁵. Además, perduran en la sociedad determinados estereotipos relativos a las personas con discapacidad, que cuestionan su capacidad o su interés de actuar en la vida política o pública. Al excluir a estas personas de los procedimientos y mecanismos de adopción de decisiones, se crean mayores obstáculos para su plena participación en la sociedad.

Especialmente grave es la situación de las personas con discapacidades mentales o intelectuales. Se ha discutido mucho sobre las aptitudes que debiera reunir una persona para poder votar, así como la idoneidad o no de permitir el voto a aquellas⁸³⁶. Tradicionalmente se ha cuestionado y restringido la posibilidad de las personas con una discapacidad mental de poder ejercer su derecho al voto, argumentando que carecen de la aptitud necesaria para tomar decisiones de esa naturaleza. Esto supone, en primer lugar, un acto de arrogancia por quienes sostienen este argumento, al considerarse más cualificados o capaces para elegir o decidir sus propios intereses que otras personas. En segundo lugar, y más importante, constituye una grave limitación de los derechos políticos de aquellas personas. Si una persona mayor de edad, que cumple con los requisitos exigidos con carácter general en la legislación nacional⁸³⁷, desea ejercer su derecho al voto,

⁸³⁴ Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, pp. 50 y ss.

⁸³⁵ Quinn y Degener se preguntan cómo puede considerarse que unas elecciones se celebran por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores si los colegios electorales son inaccesibles para los usuarios de sillas de ruedas o el material electoral sólo está disponible en versión impresa. G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 44.

⁸³⁶ Un estudio sobre las diferentes posiciones doctrinales respecto al voto de las personas con discapacidad intelectual puede encontrarse en M. Redley, "Citizens with learning disabilities and the right to vote", 23 (4) *Disability & Society* (2008), pp. 379 y ss.

⁸³⁷ Incluidos aquellos requisitos relativos a las condiciones de suspensión o privación del voto, como por ejemplo, a consecuencia de la condena por un delito.

comprendiendo lo que ello significa, cualquier limitación al mismo carece de justificación y, por tanto, supone una violación de sus derechos humanos, tenga o no una discapacidad.

1.10.1 Regulación

Con carácter general, el derecho de voto y la participación en los asuntos públicos se reconoce en los artículos 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque varían en su formulación, en ambos textos se reconocen el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos, el derecho a votar, y el derecho a tener acceso a la función pública. De igual manera, estos derechos se regulan en otros tratados específicos de derechos humanos, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁸³⁸.

En cambio, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce el derecho de participación política en ninguno de sus preceptos. El artículo 3 del Protocolo núm. 1 al Convenio recoge el compromiso de los Estados de organizar elecciones libres en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo, pero no reconoce expresamente derecho subjetivo alguno. Ha tenido que ser Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia quien ha reconocido que del artículo 3 del Protocolo núm. 1 deriva el derecho a votar y a ser candidato⁸³⁹.

⁸³⁸ En particular, en los artículos 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 7 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

⁸³⁹ *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, sentencia de 2 de marzo de 1987, Series A núm. 113. Párrafo 51: "As to the nature of the rights thus enshrined in Article 3 (P1-3), the view taken by the Commission has evolved. From the idea of an "institutional" right to the holding of free elections [...] the Commission has moved to the concept of "universal suffrage" [...] and then, as a consequence, to the concept

Por otro lado, en el ámbito comunitario, los artículos 39 y 40 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea únicamente regulan los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales, derivados de la ciudadanía de la Unión. Estos derechos, cuyas modalidades vienen fijadas por sendas directivas⁸⁴⁰, permiten que todo ciudadano de la Unión Europea residente en un Estado miembro del que no tenga la nacionalidad pueda votar y presentarse como candidato en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce específicamente el derecho a la participación en la vida política y pública en su artículo 29. También de forma específica para las personas con discapacidad, se recogen diferentes aspectos relativos a estos derechos en los párrafos 91 a 94 del Programa de Acción Mundial para los *Impedidos*, en el artículo 14.2 de las Normas Uniformes y en la línea de acción núm. 1 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa.

1.10.2 Derecho al sufragio activo y pasivo

El artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad está claramente inspirado en las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Como han señalado sus respectivos Comités, del derecho a la participación en la vida política y pública emanan tres

of subjective rights of participation - the "right to vote" and the "right to stand for election to the legislature" [...]. The Court approves this latter concept".

⁸⁴⁰ Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las Elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales (DO N° L 329, de 30 de diciembre de 1993) y Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DO N° L 368, de 31 de diciembre de 1994).

derechos concretos: el derecho a votar y ser elegido, el derecho a tener acceso a la función pública y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos⁸⁴¹.

Con la finalidad de que puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás, los Estados deben reconocer el derecho y la posibilidad de las personas con discapacidad a votar y ser elegidas. Como ha afirmado el Comité de Derechos Humanos, el derecho de voto deberá estar establecido por la ley y sólo podrá ser objeto de restricciones razonables, no siendo razonable restringir el derecho de voto por motivos de discapacidad física ni imponer requisitos o restricciones relacionados con la capacidad para leer o escribir⁸⁴².

En cambio, el mismo Comité ha admitido que la incapacidad mental verificada sí puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público⁸⁴³. Bajo la imprecisión de esta fórmula, en muchos lugares se restringe de forma sistemática el derecho de voto de las personas con discapacidad mental o intelectual⁸⁴⁴. Sin embargo, el artículo 29 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no prevé limitación expresa de este derecho por razón de discapacidad. Es más, reconoce la titularidad de estos derechos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones con las demás personas. Para Lawson, con estas disposiciones parece que la Convención se distancia respecto de la posición adoptada años atrás por el Comité de Derechos Humanos⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 25 La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, de 1996 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 194 y ss.) y recomendación general núm. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la vida política y pública, de 1997 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 298 y ss.).

⁸⁴² Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, *cit.*, párrafo 10.

⁸⁴³ *Ibid.*, párrafo 4.

⁸⁴⁴ L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 43 y 44.

⁸⁴⁵ A. Lawson, "The United Nations Convention...", *op. cit.*, p. 606.

Haciendo una interpretación integradora con el artículo 12 de la Convención, analizado *supra*, consideramos que sólo podría restringirse el derecho al sufragio activo o pasivo de una persona con discapacidad cuando ésta no pueda ejercitar de forma autónoma su capacidad jurídica debido a que su capacidad de comprender, decidir o expresar su voluntad esté seriamente limitada, hasta el punto que no puede discernir sobre el significado y alcance del ejercicio de su derecho al voto. No obstante, en tanto la negación de este derecho supone una grave limitación de los derechos políticos de la persona, ésta debiera realizarse con las máximas garantías previstas en la ley, como por ejemplo, mediante una declaración judicial fundada.

Desde este punto de vista, debiera presuponerse que si una persona con una discapacidad mental o intelectual desea ejercer su derecho al voto, se debe a que comprende lo que ello implica. Por esa razón es especialmente importante que se garantice la libre expresión de su voluntad en ausencia de cualquier tipo de coacción.

En cualquier caso, denegar el derecho al voto a una persona por el simple hecho de tener una discapacidad supone una violación de sus derechos humanos, que contradice, además de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las normas previstas en otros instrumentos internacionales. En ese sentido, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha solicitado a los Estados que procuren que “ninguna persona con discapacidad sea privada de su derecho a votar o de presentarse a las elecciones en razón de su discapacidad”⁸⁴⁶.

Además, el artículo 29 prevé en su letra a) una serie de medidas dirigidas a asegurar la efectividad del derecho al voto de las personas con discapacidad. En primer lugar, se exige a los Estados que garanticen que los procedimientos,

⁸⁴⁶ Punto 3.1.3.iii del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa.

instalaciones y materiales electorales sean adecuados, accesibles y fáciles de entender y utilizar. En segundo lugar, se prevé que, cuando proceda, se facilite el uso de nuevas tecnologías y tecnologías de apoyo. Para ello pueden resultar de gran utilidad las directrices fijadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación R (2004) 11 sobre las normas jurídicas, operativas y técnicas relativas al voto electrónico⁸⁴⁷, que tiene como propósito, entre otros, ampliar las posibilidades de acceso a los procedimientos electorales para aquellos votantes que por razón de su discapacidad tienen problemas para desplazarse a las oficinas electorales o para utilizar los servicios allí dispuestos. En tercer lugar, cuando sea necesario, y siempre a petición de las propias personas con discapacidad, los Estados deberán permitir que se les preste asistencia para votar.

Esta asistencia normalmente la dispensará un amigo o familiar de la persona, aunque puede darse el caso de que la asistencia requerida sea prestada por un animal. En ocasiones, las mismas organizaciones de personas con discapacidad asisten a quienes lo solicitan para que puedan ejercer su derecho al voto⁸⁴⁸. En cualquier caso, en tanto esta asistencia podría afectar al secreto de la votación, es importante que sólo se realice a petición de la persona interesada, pudiendo elegir a una persona de confianza. En la redacción final del artículo 29 se añadió la expresión “sin intimidación” como requisito a la emisión del voto con la finalidad de proteger a aquellas personas que por razón de su discapacidad no puedan votar totalmente en secreto⁸⁴⁹.

1.10.3 Acceso a la función pública

El segundo derecho que deriva de la participación en la vida política y pública es el derecho de acceso a la función pública. El artículo 29 de la Convención obliga a los

⁸⁴⁷ Recomendación R (2004) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros *on legal, operational and technical standards for e-voting*, de 30 de septiembre de 2004.

⁸⁴⁸ Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 55.

⁸⁴⁹ Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, *cit.*, párrafo 55.

Estados a proteger el derecho de las personas con discapacidad a ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno. Todo ello en las mismas condiciones, y con los mismos requisitos, que las demás personas.

La formulación de este derecho en la Convención difiere de los términos utilizados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de todo ciudadano al acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Quinn ha entendido que esta expresión permite dos posibles interpretaciones⁸⁵⁰. Una más estricta, según la cual cualquier persona debe poder participar de aquellas funciones asociadas a la ciudadanía. Y otra más amplia, que garantizaría el acceso a todos aquellos servicios públicos, incluido el acceso a los lugares y edificios⁸⁵¹. Sin embargo, el Comité de Derechos Humanos ha excluido esta segunda interpretación, al considerar que la letra c) del artículo 25 del Pacto se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos⁸⁵². En ese mismo sentido se ha regulado el derecho de acceso a la función pública en el artículo 29 de la Convención, debiendo entenderse que con el ejercicio de cargos y el desempeño de la función pública está refiriéndose al acceso, con carácter general, a la administración pública del Estado.

Ni en el Pacto ni en la Convención se prevé de forma expresa el establecimiento de medidas especiales o de discriminación positiva. No obstante, el Comité de Derechos Humanos ha entendido respecto a este derecho que los Estados tienen la potestad de adoptar medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan

⁸⁵⁰ G. Quinn, "The International Covenant on Civil...", *op. cit.*, p. 91.

⁸⁵¹ G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 45.

⁸⁵² Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, *cit.*, párrafo 23.

igual acceso⁸⁵³. De hecho, es habitual que en muchos países, como España, se reserven determinadas cuotas para las personas con discapacidad.

1.10.4 Participación en la dirección de los asuntos públicos

La participación en la vida política y pública también incluye también el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos. La letra b) del artículo 29 de la Convención exige a los Estados “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”.

Como ha clarificado el Comité de Derechos Humanos, la dirección de los asuntos públicos es un concepto amplio, que se refiere al ejercicio del poder político e incluye el ejercicio de los poderes legislativo, ejecutivo y administrativo, abarcando todos los aspectos de la administración pública y la formulación y aplicación de políticas internacionales, nacionales, regionales y locales⁸⁵⁴. Cualquier persona, con o sin discapacidad, debe tener la posibilidad real de participar directa o indirectamente en la dirección de dichos asuntos.

1.10.5 Otros derechos

Además, el artículo 29 de la Convención explicita dos ámbitos que los Estados deberán promover especialmente, ambos estrechamente vinculados con los derechos a la libertad expresión y la libertad de asociación. En primer lugar, la participación de las personas con discapacidad en organizaciones y asociaciones no gubernamentales relacionadas con la vida pública y política del país, incluidas aquellas de naturaleza política. En segundo lugar, los Estados deberán fomentar constitución de organizaciones de personas con discapacidad que les representen a

⁸⁵³ *Ibid.*

⁸⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 5.

todos los niveles, así como la incorporación de las personas con discapacidad a dichas organizaciones⁸⁵⁵.

Ya hemos hablado del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y del importante papel que las personas con discapacidad desempeñaron a través de sus organizaciones representativas en la elaboración y redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁸⁵⁶. No es de extrañar, por tanto, la trascendencia que se otorga a dichas organizaciones en la Convención.

Finalmente, es importante tener en consideración que la efectividad de estos derechos depende fundamentalmente de factores externos a las propias personas con discapacidad. Por ese motivo, en el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa se advierte que:

“Es necesario esforzarse por crear un entorno en el cual las personas con discapacidad se sientan animadas a participar en la vida política y estén en condiciones de hacerlo, a nivel local, regional, nacional e internacional. Ahora bien, esto sólo es posible si se crean las condiciones que permitan a cada uno disfrutar de sus derechos políticos”⁸⁵⁷.

En una sociedad verdaderamente democrática y plural, las personas con discapacidad debieran, además de tener la oportunidad, estar efectivamente representadas en su vida pública y política, y ser partícipes de ella. Negarles estos

⁸⁵⁵ También las Normas Uniformes incluyen en su artículo 14.2 el deber que tienen los Estados de “hacer que las organizaciones de personas con discapacidad intervengan en todos los casos de adopción de decisiones relacionadas con los planes y programas de interés para las personas con discapacidad o que afecten a su situación económica y social”. En el artículo 18 de las Normas, expresamente dedicado a las organizaciones de las personas con discapacidad, se reconoce el derecho de las mismas representar a las personas con discapacidad en los planos nacional, regional y local, así como su papel consultivo en lo que se refiere a la adopción de decisiones sobre cuestiones relativas a la discapacidad.

⁸⁵⁶ Complementariamente, puede encontrarse un análisis del movimiento asociativo de las personas con discapacidad en España en E. Díaz Velázquez, “El asociacionismo en el ámbito de la discapacidad. Un análisis crítico”, 2 (2) *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico* (2008), pp. 183-196.

⁸⁵⁷ Punto 3.1.1.

derechos implica negarles su condición de miembros de aquella sociedad y supone un desprecio hacia la diversidad de la misma.

2 DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En este segundo capítulo de la Parte II, dedicada al análisis jurídico material de los principales derechos humanos de las personas con discapacidad, se analizan los derechos económicos, sociales y culturales que, basados en la perspectiva de la discapacidad, han sido reconocidos en la normativa jurídica internacional.

Entre los derechos económicos, sociales y culturales se analiza, en primer lugar, el derecho a la educación, describiendo cómo este derecho ha evolucionado en el ámbito de la discapacidad desde la educación especial o segregada hasta la educación inclusiva.

En segundo lugar, se incluye el derecho al trabajo y, de forma separada, el derecho a la protección social. Por su trascendencia entre los derechos laborales de las personas con discapacidad se analiza de forma específica la igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo, así como el derecho a la readaptación profesional.

De igual manera, se trata en el capítulo el derecho a la salud, diferenciando entre el derecho de las personas con discapacidad al más alto nivel posible de salud y la rehabilitación médica. Finalmente, se incluye un análisis del derecho al ocio y el más novedoso derecho a la accesibilidad pues, como se verá, su regulación internacional le otorga cierto contenido autónomo como derecho subjetivo.

2.1 DERECHO A LA EDUCACIÓN

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado el derecho a la educación como un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos, en la medida en que en el ámbito de la autonomía de la persona, la educación constituye el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar

plenamente en sus comunidades⁸⁵⁸. Una educación adecuada facilita el desarrollo de la persona, el acceso al trabajo, la inclusión social e incrementa las posibilidades de vivir de forma realmente independiente. Es por eso que el derecho a la educación se configura como un derecho esencial en el ámbito de la discapacidad. En este sentido, Beng Lindqvist, antiguo Relator Especial sobre Discapacidad de la Comisión de Desarrollo Social encargado de vigilar la aplicación de las Normas Uniformes, puso de manifiesto en su primer informe que:

“El hecho de que las personas con discapacidad vivan una vida más o menos segregada depende en gran medida de las deficiencias de los sistemas sociales. Uno de los más importantes de ellos es el sistema docente. Existe una estrecha relación entre el nivel de educación y la integración en la sociedad. La educación alivia la carga de diversas formas de desventajas sociales y abre el camino hacia mejores condiciones de vida”⁸⁵⁹.

Sin embargo, como tantos otros derechos, todavía en la actualidad está muy generalizada la práctica de no reconocer este derecho a un número desproporcionado de personas con discapacidad de ambos sexos y de todas las edades en la mayor parte del mundo⁸⁶⁰. Por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño ha estimado que de los aproximadamente 150 millones de niños con discapacidad que hay en el mundo, más del 80% vive en países en desarrollo con acceso a los servicios escaso o nulo, donde la mayoría de los cuales no están

⁸⁵⁸ Observación general núm. 13, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la educación (artículo 13), de 1999, párrafo 1 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 79 y ss.).

⁸⁵⁹ Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su primer mandato, de 23 de diciembre de 1996 (A/52/46), párrafo 104.

⁸⁶⁰ Así lo ha constatado el Relator Especial sobre el derecho a la educación en su informe relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, de 19 de febrero de 2007 (A/HRC/4/29), párrafo 7.

escolarizados y son totalmente analfabetos⁸⁶¹. De hecho, se considera que la tasa de escolarización de estos niños se sitúa entre un 1 y un 5%⁸⁶².

No obstante, también en los países desarrollados las personas con discapacidad han encontrado numerosos obstáculos para poder ejercer su derecho a la educación de forma satisfactoria. El Relator Especial Leandro Despouy, además de constatar la existencia de numerosas barreras físicas y estructurales que limitan el disfrute del derecho, advirtió de la persistencia de prejuicios realmente perniciosos en las autoridades, los profesores, los padres de los demás niños o incluso de los padres de los propios niños con discapacidad que, de una u otra forma, hacen casi imposible la integración o la inclusión del niño con discapacidad en el sistema educativo⁸⁶³.

2.1.1 Regulación

Las dificultades en el ejercicio del derecho a la educación no pueden deberse a la falta de regulación del mismo, puesto que éste se encuentra reconocido en diversos instrumentos jurídicamente vinculantes, así como en textos de naturaleza recomendatoria, tanto de alcance universal como regional, bien con carácter general, bien con carácter específico para las personas con discapacidad. Como se verá, son otras las razones que explican las limitaciones en el acceso efectivo a la educación.

Con carácter general, el derecho a la educación se reconoce en los artículos 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO

⁸⁶¹ Observación general núm. 9, del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, de 2006, párrafo 1 (CRC/C/GC/9).

⁸⁶² Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, *cit.*, párrafo 8.

⁸⁶³ L. Despouy, *op. cit.*, párrafo 186.

de 1960⁸⁶⁴. También la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la educación del menor en los artículos 28 y 29. En el ámbito europeo, el artículo 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce un derecho general a la instrucción⁸⁶⁵. Igualmente, aunque de forma sucinta, la Carta Social Europea y la Carta revisada se refieren al derecho a la educación en su artículo 7. Además, la Carta revisada reconoce el derecho a la educación de los niños y adolescentes en el artículo 17. Por último, el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también incluye el derecho de toda persona a la educación.

De igual manera, son abundantes los instrumentos que reconocen este derecho con carácter específico para las personas con discapacidad. Aunque el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el más relevante, también los artículos 23.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 15.1 de la Carta Social Europea revisada regulan el derecho a la educación de las personas con discapacidad. Con carácter no vinculante, este derecho ha sido reconocido en las Declaraciones de los Derechos del *Retrasado Mental* y del *Impedido*, en el Programa de Acción Mundial o en el artículo 6 de las Normas Uniformes. En el marco jurídico europeo, el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa dedica su línea de acción núm. 4 a la educación. También desde el Consejo de Europa se han adoptado diversas resoluciones relativas a esta cuestión, como la Recomendación R (98) 3, sobre el acceso a la educación superior o la Resolución AP (2007) 4 relativa a la educación y la integración social de los niños y jóvenes con trastornos incluidos dentro del espectro del autismo. En el ámbito comunitario, el Consejo junto con los Ministros de Educación de los Estados miembros adoptaron en 1990 su

⁸⁶⁴ Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y en vigor desde el 22 de mayo de 1962.

⁸⁶⁵ Si bien dicho artículo no reconoce expresamente un derecho subjetivo a la educación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que del precepto sí deriva tal derecho. *Asunto "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium"*, cit.

Resolución relativa a la integración de los niños y jóvenes *minusválidos* en los sistemas educativos ordinarios, y de forma más reciente, en 2003, el Consejo adoptó la Resolución sobre la igualdad de oportunidades en la educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad.

2.1.2 Evolución del derecho a la educación en el ámbito de la discapacidad

En lo que respecta a la regulación jurídica de la educación, hemos asistido a una evolución desde un sistema de segregación, basado en la educación especial, hasta un sistema de educación inclusiva, que representa la tendencia más reciente. Esta rápida evolución normativa ha estado notablemente influenciada por los continuos debates de expertos, habitualmente auspiciados por la UNESCO, como los celebrados en Torremolinos, Jomtien y Salamanca. Esto ha propiciado que, en ocasiones, la normativa jurídica haya ido por delante de la concepción social respecto a la educación de las personas con discapacidad.

Es precisamente esta evolución la que explica que las diversas normas ofrezcan diferentes respuestas a una misma realidad, como es la educación de las personas con discapacidad. Normas que, por otro lado, no han sido formalmente sustituidas unas por otras, encontrándose todas ellas vigentes. Este hecho justifica que, a diferencia de otros apartados, en éste se realice un estudio, no sólo analítico, sino también cronológico de la normativa jurídica relativa al derecho a la educación de las personas con discapacidad a través de sus distintas fases.

2.1.2.1 EDUCACIÓN ESPECIAL

Con las primeras iniciativas internacionales en la materia, se puso fin a aquel lamentable periodo en que a las personas con discapacidad, como a otros grupos de personas, ni tan siquiera se les reconocía el derecho a la educación. La Declaración Universal de los Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocieron el derecho de toda persona a la educación, y aunque no se refirieron a la especificidad de las personas con

discapacidad, era evidente que éstas debían ser igualmente titulares de este derecho. Lo que no resultaba tan claro era el modo en que este derecho debía ser asegurado. En esta primera fase se originó el modelo de la *educación especial*.

La educación especial fue el primer enfoque desde el que los sistemas educativos trataron de dar respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad. Como describe el Relator Especial sobre el derecho a la educación, las políticas que adoptaron el modelo de educación especial “proponen una educación segregada que da lugar a la formulación de dos sistemas educativos separados: uno para personas con discapacidad, que a menudo se conoce como *escuelas especiales*, y otro para los que no tienen discapacidad, o *escuelas regulares*. Las escuelas especiales, que se basan en el convencimiento de que las personas con discapacidad no pueden ser educadas y constituyen una carga para el sistema de enseñanza regular, a menudo eran y siguen siendo inflexibles y no tenían en cuenta las necesidades específicas de cada alumno y ni siquiera proporcionaban u ofrecían a sus alumnos unos resultados *óptimos*”⁸⁶⁶.

Los instrumentos de derechos humanos en aquél momento reconocían a todos el derecho a la educación, y las normas específicas sobre discapacidad, como la Declaración de los Derechos del *Retrasado Mental* de 1971 y la Declaración de Derechos de los *Impedidos* de 1975, insistían en que las personas con discapacidad pudiesen disfrutar también de ese derecho. Así, la mayor parte de los Estados adoptaron el sistema de educación especial o separada para acoger a las personas con discapacidad. Con estos sistemas, que fueron implantados bajo un discurso de atención especial para los alumnos *diferentes*, se crearon unas condiciones idóneas para apartar y excluir a los mismos de la sociedad⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, *cit.*, párrafo 11.

⁸⁶⁷ L. Barton y F. Armstrong, “Disability, Education, and Inclusion: Cross-Cultural Issues and Dilemmas”, en G. Albrecht, K. D. Seelman y M. Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks: Sage Publications, 2001, pp. 704 y ss.

Y ello a pesar de que la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 solo permitía la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados por razones de género, por motivos de orden religioso o lingüístico, o en el caso de los centros privados⁸⁶⁸. Sin embargo, quizá porque la educación separada de las personas con discapacidad no se contemplaba como un trato discriminatorio, sino más bien como la única posibilidad de escolarizar a estas personas, apenas se cuestionó la idoneidad de la misma. De hecho, al menos en un primer momento, muchos padres y profesionales de la enseñanza se mostraron favorables a este sistema⁸⁶⁹.

Pero los efectos de este modelo fueron realmente negativos. Michael Oliver afirma que este modelo falló a las personas con discapacidad, a las que no sólo no formó como ciudadanos capaces de ejercer sus derechos y asumir sus responsabilidades, sino que las excluyó tanto del proceso educativo como de la integración en la vida social⁸⁷⁰. Por tanto, no debe sorprender que Despouy calificase la educación especial o separada como un modo de *segregación oficial*⁸⁷¹.

2.1.2.2 EDUCACIÓN INTEGRADA

En 1981, con motivo de la Conferencia Mundial sobre Estrategias de Acción para la Educación, Prevención y Rehabilitación celebrada en Torremolinos, fue adoptada la Declaración Sundberg. Esta Declaración, como ya se dijo, pretendía ser el instrumento que orientase las políticas y actuaciones de los Estados y las organizaciones internacionales en el ámbito de la educación, la prevención y la integración. En su artículo 6 se recomendaba que “los programas en materia de educación, de formación, de cultura, y de información deberán formularse con miras a integrar a las personas *impedidas* en el entorno ordinario de trabajo y de

⁸⁶⁸ Artículo 2.

⁸⁶⁹ Véase S. Shah, “Special or mainstream? The views of disabled students”, 22 (4) *Research Papers in Education* (2007), pp. 430 y ss.

⁸⁷⁰ M. Oliver, *Understanding Disability*, op. cit., pp. 78 y ss.

⁸⁷¹ L. Despouy, op. cit., párrafo 186.

vida”. Con esta directriz, que respondía a las reformas educativas que ya habían comenzado diversos Estados, se estaba proclamando un nuevo modelo de educación: *la educación integrada*.

Se consideró que integrando a los estudiantes con discapacidad en el sistema general de educación se terminaría con el proceso de segregación generado por los sistemas educativos anteriores. Con la educación integrada, se pretendía terminar con el modelo clásico de separación y situar a las personas en el entorno *ordinario*, junto con las demás personas.

Esta nueva corriente introducida con la Declaración Sundberg fue rápidamente plasmada en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos. Entre las propuestas del Programa, se solicitaba a los Estados la adopción de políticas que reconociesen los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades de educación con los demás. Para ello, se preveía que “la educación de los *impedidos* deb[ía], en la medida de lo posible, efectuarse dentro del sistema escolar general”, especificando que “la responsabilidad de su educación debe incumbir a las autoridades de educación, y las leyes relativas a educación obligatoria deben incluir a los niños de todos los niveles de incapacidad, inclusive los más gravemente incapacitados”⁸⁷². También se incluyeron diversas medidas que los Estados deberían llevar a cabo para hacer posible la integración efectiva de estas personas.

El problema era que en la práctica rara vez se adoptaban las medidas necesarias para favorecer la integración, y se ubicaba a la persona con discapacidad en el sistema general sin tener en cuenta sus problemas y necesidades. Así, el Relator Especial sobre el derecho a la educación ha advertido que:

“[...] la “integración” educativa que a menudo se presenta como una verdadera “inclusión”, o un sustituto, ha creado sus propias dificultades. Los intentos de una mera integración en las escuelas regulares sin los correspondientes cambios

⁸⁷² Párrafo 120.

estructurales (por ejemplo, organización, planes de estudios y estrategias didácticas y de aprendizaje) han resultado, y seguirán resultando inútiles, por varios motivos, para observar los derechos educativos de las personas con discapacidad. En efecto, puede ocurrir que la “integración” implique una exclusión en las escuelas regulares antes que en las escuelas especiales [...]”⁸⁷³.

En palabras de Lena Saleh, “tal vez pueda decirse que entonces “la integración” se entendió como una reforma gradual del sistema tradicional de la educación especial pero sin un cuestionamiento de fondo respecto a la filosofía y la ideología que subyacía en aquél”⁸⁷⁴. Por ese motivo, comenzaron a realizarse nuevos intentos por superar los defectos y problemas que la educación integrada había planteado durante su puesta en práctica.

2.1.2.3 EDUCACIÓN INCLUSIVA

Tras la celebración de la Conferencia Mundial sobre la Educación para Todos celebrada en Jomtien, el Consejo de las Comunidades Europeas y los Ministros de Educación adoptaron la Resolución, de 31 de mayo de 1990, relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios. En ella los Estados miembros se comprometían a intensificar sus esfuerzos para integrar a los alumnos con discapacidad de los distintos niveles de enseñanza en el sistema educativo ordinario. Además de reconocer el carácter complementario de los centros especiales, los Estados asumían que todos los centros docentes deberían estar en condiciones de satisfacer las necesidades de alumnos y estudiantes con discapacidad, debiendo desarrollarse y fomentarse los vínculos entre la familia, la escuela, la comunidad, las actividades de ocio y el mundo laboral.

En este contexto se adoptaron en 1993 las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 6 se dedicó al derecho a la educación. En el precepto se especifica que los Estados

⁸⁷³ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, *cit.*, párrafo 12.

⁸⁷⁴ L. Saleh, *op. cit.*, p. 24.

“deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados, y deben velar por que la educación de las personas con discapacidad constituya una parte integrante del sistema de enseñanza”.

Pero además, en tanto la simple integración no había resultado satisfactoria, en el artículo 6 de la Normas Uniformes se detallan un conjunto de medidas encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades en la educación. De esta forma, puesto que la educación en las escuelas regulares requiere la prestación de servicios de interpretación y otros servicios de apoyo apropiados, deberán prestarse las condiciones adecuadas de acceso y servicios de apoyo concebidos en función de las necesidades de personas con diversas discapacidades. Además, las Normas exigen que “para que las disposiciones sobre instrucción de personas con discapacidad puedan integrarse en el sistema de enseñanza general, los Estados deben: a) contar con una política claramente formulada, comprendida y aceptada en las escuelas y por la comunidad en general; b) permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables y que sea posible añadirles distintos elementos según sea necesario; c) proporcionar materiales didácticos de calidad y prever la formación constante de personal docente y de apoyo”⁸⁷⁵. De forma excepcional, el artículo 6 amparaba la posibilidad de establecer sistemas de enseñanza especial, si bien sólo cuando el sistema de instrucción general no estuviese aún en condiciones de atender las necesidades de todas las personas con discapacidad, y su objetivo no fuese otro que preparar a los estudiantes para que se educaran en el sistema de enseñanza general⁸⁷⁶.

Con las Normas Uniformes se estaba dando un nuevo salto cualitativo en el modo de concebir la integración de las personas con discapacidad en el entorno

⁸⁷⁵ Artículo 6.6.

⁸⁷⁶ Artículo 6.8.

educativo. Este enfoque fue el que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales utilizó para interpretar el derecho a la educación reconocido en el artículo 13 del Pacto. En su Observación general relativa a las personas con discapacidad, el Comité hizo suyo el principio de educación integrada en el sistema general de educación de las Normas Uniformes, precisando que “para llevar a la práctica ese principio, los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad en escuelas ordinarias y se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas”⁸⁷⁷. Posteriormente, el Comité ratificó su propio planteamiento cuando, en su Observación general relativa al derecho a la educación, se refirió a la no discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad en el entorno educativo⁸⁷⁸.

Era evidente que en aquellos momentos se estaba gestando un nuevo modelo de concebir y regular la educación de las personas con discapacidad. Los pilares de este modelo, basado en la *educación inclusiva*, comenzaron a sentarse en Salamanca, cuando en 1994 se celebró la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales. En la Declaración de Salamanca, los delegados de los 92 gobiernos y 25 organizaciones internacionales participantes en la Conferencia proclamaron que:

- “todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos,
- cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios,
- los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de esas diferentes características y necesidades,

⁸⁷⁷ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 35.

⁸⁷⁸ Observación general núm. 13, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 36

- las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlos en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades,
- las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo”⁸⁷⁹.

Y fue en ese contexto en el que se solicitó a los Estados que adoptasen “con carácter de ley o como política el principio de educación *inclusiva*”⁸⁸⁰. La educación inclusiva se refiere al tipo de entorno educacional necesario para lograr la inclusión efectiva en el sistema general de aquellos estudiantes que tradicionalmente han sido excluidos del mismo⁸⁸¹. Como señala Peters, la educación inclusiva tiene mayores implicaciones que la simple integración física, pues además de la accesibilidad de los servicios y las aulas, a los alumnos con discapacidad se les debe proporcionar los sistemas educativos de apoyo necesarios⁸⁸². En el fondo de la cuestión, más que tratarse de un asunto sobre cómo determinados estudiantes pueden integrarse en la educación ordinaria, la inclusión en la educación supone un enfoque dirigido a transformar los sistemas educativos y los entornos relacionados con el aprendizaje para que puedan ofrecer una respuesta adecuada a la diversidad de los estudiantes⁸⁸³.

⁸⁷⁹ Punto 2 de la Declaración.

⁸⁸⁰ Punto 3 de la Declaración. Téngase en cuenta la confusión terminológica entre las versiones inglesa y española de la Declaración. Mientras que la versión en inglés se refiere al principio de “*inclusive education*”, en la versión española fue utilizada la expresión “educación integrada”. Por el contenido y alcance de dicho principio en la Declaración, debe entenderse que el punto 3 de la misma se refiere a la educación inclusiva y no integrada, en tanto actualmente ambos principios responden a planteamientos notablemente diferenciados.

⁸⁸¹ J. Schoonheimy P. Ruebain, “Reflections on Inclusion and Accommodation in Childhood Education: From International Standard Setting to National Implementation”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, p. 165.

⁸⁸² S. J. Peters, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁸³ UNESCO, *Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All*, Paris: UNESCO, 2005, p. 15.

De alguna manera, este nuevo modelo responde al propósito de extender el derecho a la educación no sólo a unos alumnos determinados, sino a toda la diversidad. En este sentido, puede observarse cierto paralelismo con la evolución del modelo médico al modelo social de la discapacidad, en tanto la cuestión central ya no se centra en las circunstancias particulares del individuo y el modo de ubicar a ciertas personas en el sistema educativo, sino que dirige sus miras al entorno, para resolver cómo el sistema educativo puede albergar a todas las personas.

En su informe sobre inclusión de 2005, la UNESCO definió los cuatro elementos característicos de la inclusión en la educación⁸⁸⁴. En primer lugar, la inclusión debe ser entendida como un proceso, como una búsqueda constante de las fórmulas más adecuadas para responder a la diversidad. En segundo lugar, una de los objetivos de la educación inclusiva debe ser la identificación y la eliminación de las barreras que limitan el acceso a la educación. En tercer lugar, para llevar a cabo una educación realmente inclusiva no basta con la presencia de los estudiantes en el sistema educativo, sino que es necesario que se asegure su participación y su éxito académico. Finalmente, la inclusión exige un énfasis especial sobre aquellos grupos de estudiantes que pueden estar en riesgo de exclusión, marginalización o de fracaso educativo. No obstante, no debe obviarse que no siempre va a ser posible lograr que todas las personas con discapacidad participen efectivamente en los sistemas generales de educación, por lo que debe preverse la posibilidad de proporcionar los medios y la asistencia especiales para aquellas personas que lo requieran.

Como consecuencia de los nuevos planteamientos, coincidiendo con el Año Europeo de las Personas con Discapacidad, el Consejo de la Unión Europea mostró su interés por la necesidad de tomar nuevas medidas adecuadas y viables para mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la educación y la formación, adoptando la Resolución de 5 de mayo de 2003 sobre la igualdad de oportunidades

⁸⁸⁴ *Ibid.*, pp. 15 y ss.

en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad. A través de la misma invitó a los Estados a que fomentasen y apoyasen “la plena integración en la sociedad de los niños y los jóvenes con necesidades especiales mediante una educación y formación adecuadas, y su inserción en un sistema escolar que se adapte [...] a sus necesidades”⁸⁸⁵.

Aquel mismo año, a raíz del ya referido *asunto Autismo-Europa contra Francia*, el Comité Europeo de Derechos Sociales tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto al artículo 15 de la Carta Social Europea revisada⁸⁸⁶. Para el Comité, la garantía del derecho a la educación de las personas con discapacidad es una condición fundamental para los objetivos de autonomía, integración y participación previstos en el artículo⁸⁸⁷. Ese hecho es el que justifica la mención explícita de la educación de las personas con discapacidad en la Carta revisada, y explica porqué el texto insiste en la necesidad de que dicha educación se preste, siempre que sea posible, en el marco del régimen general⁸⁸⁸.

De igual manera, en sus Conclusiones de 2003 el Comité Europeo de Derechos Sociales mantuvo dicha postura, afirmando que el artículo 15 refleja el cambio que en la última década se ha producido en torno al modo de concebir la discapacidad, desde la protección y la segregación hacia la inclusión y la posibilidad de elegir⁸⁸⁹. Posteriormente, el Comité ha señalado la importancia de la inclusión de los niños con discapacidad en los sistemas educativos generales, para lo que ha

⁸⁸⁵ Punto 8.i).

⁸⁸⁶ Sobre el derecho a la educación en la Carta Social Europea, véase R. Brillat, “The rights of persons with disabilities under the European Social Charter”, en Consejo de Europa, *Human Rights-Disability-Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo: COE Publishing, 2005, pp. 54 y ss.

⁸⁸⁷ Asunto Autismo-Europa contra Francia, párrafo 48.

⁸⁸⁸ *Ibid.* En 2007, continuando la línea iniciada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Comité de Ministros, en su composición restringida a los Estados miembros del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública, adoptó la Resolución AP (2007) 4 relativa a la educación y la integración social de los niños y jóvenes con trastornos incluidos dentro del espectro del autismo.

⁸⁸⁹ Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, Observación interpretativa respecto del artículo 15, p. 10.

pedido a los Estados que elaboren legislaciones específicas sobre no discriminación y sobre educación, o incluso una combinación de ambas⁸⁹⁰. En ese sentido, el órgano de vigilancia de la Carta Social Europea ha solicitado a los Estados en numerosas ocasiones que justifiquen en sus informes los motivos por los que se mantienen sistemas segregados de educación⁸⁹¹.

Recientemente, en su decisión relativa al *asunto Mental Disability Advocacy Center contra Bulgaria*, el Comité ha reafirmado que tanto en el ámbito del artículo 15 de la como en el del artículo 17 de la Carta Social Europea revisada, la educación de los niños con discapacidad debe realizarse en centros ordinarios, que deben estar preparados para atender sus necesidades educativas especiales, mientras que la educación en escuelas especiales debe tener carácter excepcional⁸⁹². En cualquier caso, sea cual sea el modelo de educación, el Comité ha considerado que los Estados deben cumplir con las características de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad exigidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general núm. 13 relativa al derecho a la educación⁸⁹³.

También el Comité de Ministros, consciente de los trabajos del Comité Europeo de Derechos Sociales y de las tendencias internacionales en la materia, dedicó una línea específica a la educación de las personas con discapacidad en el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de

⁸⁹⁰ Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, Observación interpretativa respecto del artículo 15.1, pp. 12 y 13: “*Under Article 15§1, the Committee therefore considers necessary the existence of nondiscrimination legislation as an important tool for the advancement of the inclusion of children with disabilities into general or mainstream educational schemes. Such legislation should, as a minimum, require a compelling justification for special or segregated educational systems and confer an effective remedy on those who are found to have been unlawfully excluded or segregated or otherwise denied an effective right to education. Legislation may consist of general antidiscrimination legislation, specific legislation concerning education, or a combination of the two*”.

⁸⁹¹ Véanse, por ejemplo, las Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de Alemania, p. 147, o de Grecia, p. 186.

⁸⁹² Reclamación núm. 41/2007, *Mental Disability Advocacy Center contra Bulgaria*. Decisión de 3 de junio de 2008, párrafos 33 y 35.

⁸⁹³ *Ibid.*, párrafo 37.

Europa. La línea de acción núm. 4 del Plan reconoce de forma explícita el objetivo de la plena inclusión en la educación, con la finalidad, entre otras, de que las personas con discapacidad puedan seguir o cursar una escolaridad ordinaria.

Por su parte, el Comité sobre los Derechos del Niño se ha referido específicamente a los derechos del niño con discapacidad a través de una Observación general, dotando al artículo 23 de la Convención de una interpretación moderna y coherente con los planteamientos actuales. Así, el Comité ha afirmado que las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, incluidas aquellas relativas a su educación, “deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad”⁸⁹⁴. De forma más detallada, el Comité ha considerado que:

“66. *La educación inclusiva debe ser el objetivo de la educación de los niños con discapacidad.* La forma y los procedimientos de inclusión se verán determinados por las necesidades educacionales individuales del niño, ya que la educación de algunos niños con discapacidad requiere un tipo de apoyo del que no se dispone fácilmente en el sistema docente general. [...] Alienta a los Estados Partes que todavía no hayan iniciado un programa para la inclusión a que introduzcan las medidas necesarias para lograr ese objetivo. Sin embargo, el Comité destaca que el grado de inclusión dentro del sistema de educación general puede variar. En circunstancias en que no sea factible una educación plenamente inclusiva en el futuro inmediato deben mantenerse opciones continuas de servicios y programas”⁸⁹⁵.

Además, conocedor de los nuevos retos que el modelo proclamado en Salamanca supone, el Comité sobre los Derechos del Niño se ha esforzado por precisar que “la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades”, por lo que “para poner en práctica plenamente la idea de la educación inclusiva, es necesario lograr la modificación de los programas de formación para maestros y otro tipo de personal involucrado en el sistema

⁸⁹⁴ Observación general núm. 9, *cit.*, párrafo 11.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, párrafo 66. Énfasis añadido.

educativo”⁸⁹⁶.

2.1.3 La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como modelo para la regulación de la educación inclusiva

Es evidente que el tránsito del modelo de educación integrada al modelo de educación inclusiva no está resultando sencillo. En ocasiones, los Estados no han sabido diferenciar correctamente entre integración e inclusión. Además, persisten diversos problemas y dificultades para la realización del derecho a una educación inclusiva. El Relator Especial sobre el derecho a la educación ha tratado de identificar esos problemas, entre los que se encuentran “las actitudes y los valores negativos existentes con respecto a las personas con discapacidad; la falta de atención a las necesidades específicas de la mujer con discapacidad; los conocimientos inadecuados entre los maestros y los administradores; la inaccesibilidad de la educación, en especial el acceso físico a los edificios y el acceso al material didáctico; las restricciones en materia de recursos; y la atención inadecuada que se presta a las necesidades de educación especial de los estudiantes en la educación general”⁸⁹⁷.

En este estado de las cosas, resulta de gran relevancia la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo artículo 24 relativo a la educación debería ser el marco jurídico que oriente la normativa y las políticas estatales en la materia.

En el artículo 24 de la Convención, tras reconocer el derecho a la educación de las personas con discapacidad, se obliga a los Estados a asegurar “un *sistema de*

⁸⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 67.

⁸⁹⁷ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, *cit.*, párrafo 35.

educación inclusivo a todos los niveles”, con miras “a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades”⁸⁹⁸.

Además, en el precepto se explicitan los propósitos que deben orientar la educación. Estos propósitos, claramente inspirados en los previstos en los artículos 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 29.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, son: a) desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; b) desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; c) y hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre. Estos propósitos gozan de una especial trascendencia, puesto que, como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, el derecho a la educación no se agota garantizando el acceso a la misma, sino que existen unas obligaciones en cuanto a su contenido, cuya delimitación corresponde a estos valores⁸⁹⁹.

Para lograr la inclusión educativa de las personas con discapacidad, el artículo 24 especifica una serie de obligaciones y medidas. En el punto 2 del artículo se prevé que los Estados asegurarán que:

- a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
- b) Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan;
- c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;
- d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva;

⁸⁹⁸ Artículo 24.1. Énfasis añadido.

⁸⁹⁹ Observación general núm. 1, del Comité de los Derechos del Niño, Los propósitos de la educación, de 2001, párrafos 3 y ss. (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 332 y ss.).

e) Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”.

En definitiva, las personas con discapacidad deberán poder acceder a una educación inclusiva, dentro del sistema general, para lo cual se realizarán los ajustes razonables oportunos y se prestará el apoyo necesario. Además, los Estados deberán, no sólo formar a los profesionales de la educación para que apoyen a las personas con discapacidad, sino también emplear a los maestros cualificados para atender las necesidades de aquellas personas y a los propios maestros con discapacidad⁹⁰⁰.

El artículo 24.3 prevé la posibilidad de que las personas con discapacidad reciban una educación especializada que no especial respecto a aquellas habilidades que les puedan resultar necesarias para la vida y el desarrollo social. Entre otras habilidades, deberá facilitarse el aprendizaje de la lengua de señas, el Braille, la escritura alternativa o de otros medios y formatos alternativos, así como las habilidades de orientación y movilidad. Esta educación particular no debe ser confundida con el sistema de educación especial visto. De hecho, durante el proceso negociador de la Convención se optó por eliminar del precepto cualquier referencia a la educación especial o separada, ni siquiera como alternativa de carácter excepcional⁹⁰¹. No obstante, ello no debiera conducir a la idea de que toda educación especial es contraria a la Convención, más aún, como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, cuando la educación plenamente inclusiva no sea factible en un futuro inmediato⁹⁰².

El último punto del artículo 24 de la Convención extiende el derecho de acceso a la educación de las personas con discapacidad a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la

⁹⁰⁰ Artículo 24.4.

⁹⁰¹ Véase al respecto A. Lawson, “The United Nations Convention...”, *op. cit.*, p. 604.

⁹⁰² Observación general núm. 9, *cit.*, párrafo 66.

vida⁹⁰³. Para que este acceso sea efectivo y en igualdad de condiciones con los demás, los Estados asegurarán que se realicen los ajustes razonables necesarios⁹⁰⁴.

En definitiva, la Convención apuesta por el modelo de educación inclusiva, estableciendo una serie de directrices acordes con las tendencias más recientes en el ámbito de las necesidades educativas especiales.

Sin embargo, pese a línea desarrollada por el Comité de los Derechos del Niño, el Comité Europeo de Derechos Sociales o las instituciones comunitarias, y reafirmada en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todavía persisten desafortunadas excepciones al modelo inclusivo de educación. Si bien el TEDH no ha conocido específicamente de ningún asunto relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidad, sí ha tratado el tema de forma tangencial⁹⁰⁵. Y su pronunciamiento al respecto ha sido decepcionante. En el *asunto D. H. y otros contra la República Checa*, relativo a la ubicación de niños pertenecientes a la minoría romaní en escuelas especiales, la Sala segunda del Tribunal entendió que no podía limitar el margen de decisión de los Estados a la hora de establecer escuelas especiales separadas para atender las necesidades educativas especiales⁹⁰⁶. De alguna forma, el Tribunal no consideró la educación segregada como una cuestión relevante para la igualdad en el derecho a la educación. Aunque el asunto llegó a la Gran Sala, que varió su fallo respecto a la

⁹⁰³ El “aprendizaje durante toda la vida” fue la fórmula finalmente elegida para traducir la expresión anglosajona “*lifelong learning*”, que se refiere al proceso de formación permanente que experimenta cualquier persona a lo largo de su vida, y que todavía no ha sido acuñada en lengua española.

⁹⁰⁴ Artículo 24.5.

⁹⁰⁵ Según entienden Quinn y Degener, una de las principales razones que han llevado al Tribunal Europeo, y la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, a no conocer de ningún caso específico sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, es la repercusión que una sentencia adversa del Tribunal podría tener sobre los Estados. Un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión llevaría, según entienden los autores, a una profunda revisión de los sistemas educativos de los Estados europeos, algo que el Tribunal ha preferido evitar. ⁹⁰⁵ G. Quinn y T. Degener, “A Survey...”, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

⁹⁰⁶ *D. H. y otros c. la República Checa*, sentencia de la Sala segunda de 7 de febrero de 2006, núm. 57325/00.

vulneración de los derechos alegados, tampoco ésta se mostró expresamente contraria a la educación especial⁹⁰⁷. Si es cierto que, al menos, la Gran Sala mostró su inquietud acerca de la segregación que los sistemas de educación especial pueden causar, aunque en el caso concreto aceptó la decisión del Estado de mantener dicho sistema con el fin de ofrecer una solución para los niños con necesidades especiales⁹⁰⁸.

2.2 DERECHO AL TRABAJO

El trabajo es, para la inmensa mayoría de las personas, la principal fuente de subsistencia, que posibilita la realización de muchos otros derechos, facilita la independencia económica y se constituye como parte esencial de la condición humana. Para las personas con discapacidad, la posibilidad de acceder a un empleo en condiciones de igualdad con las demás personas supone, no sólo el ejercicio de un derecho intrínseco e inherente a la dignidad humana, sino un modo de incrementar su autonomía e independencia y facilitar su participación social.

2.2.1 Empleo y discapacidad

Precisamente en el ámbito de la discapacidad, el derecho al trabajo es uno de los derechos en los que se han realizado mayores esfuerzos, sobre todo en el ámbito internacional, y, consecuentemente, donde más avances se han logrado. Las principales organizaciones internacionales han elaborado diversas normas, muchas de ellas jurídicamente vinculantes, y desarrollado diversas políticas y programas para incrementar la participación de las personas con discapacidad en el mundo laboral.

⁹⁰⁷ *D. H. y otros c. la República Checa*, sentencia de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, núm. 57325/00, ECHR 2007.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, párrafo 198: “*The Court accepts that the Government’s decision to retain the special-school system was motivated by the desire to find a solution for children with special educational needs. However, it shares the disquiet of the other Council of Europe institutions who have expressed concerns about the more basic curriculum followed in these schools and, in particular, the segregation the system causes*”.

Pese a ello, la situación de estas personas dista mucho de ser óptima. Se estima que existen en el mundo unos 470 millones de personas con discapacidad en edad de trabajar, que normalmente carecen de la posibilidad real de realizar un trabajo decente⁹⁰⁹. No existen estudios fiables acerca del número de personas con discapacidad afectadas por el desempleo, el subempleo o la discriminación en sus condiciones de trabajo, aunque se tiene la convicción de que la situación es preocupante⁹¹⁰. En su informe, Leandro Despouy incluyó el trabajo como una de las principales áreas de discriminación para las personas con discapacidad, fruto de la falta de accesibilidad y de los prejuicios existentes⁹¹¹.

También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general núm. 5 mostró su preocupación al respecto:

“20. La esfera del empleo es una de las esferas en las que la discriminación por motivos de discapacidad ha sido tan preeminente como persistente. En la mayor parte de los países la tasa de desempleo entre las personas con discapacidad es de dos a tres veces superior a la tasa de desempleo de las personas sin discapacidad. Cuando se emplea a personas con discapacidad, por lo general se les ofrece puestos de escasa remuneración con poca seguridad social y legal y a menudo aislados de la corriente principal del mercado del trabajo [...]”.

En el ámbito comunitario, la Comisión ha advertido de las dificultades que las personas con discapacidad tienen para lograr y mantener un empleo. Además, ha incidido en que este problema no sólo afecta a las personas con discapacidad, sino a la sociedad y al crecimiento económico, en tanto supone desaprovechar la contribución de estas personas. En ese sentido, de las cifras que maneja la Comisión se desprende que en los países de la Unión:

“tan sólo el 42 % de las personas con discapacidad ocupa un puesto de trabajo, frente a casi el 65 % de las personas no discapacitadas, y nada menos que el

⁹⁰⁹ Véase el Prólogo de José Manuel Salazar-Xirinachs, en A. O'Reilly, *op. cit.*, p. vii.

⁹¹⁰ Véase al respecto OIT, *Informe sobre el Día internacional de las personas con discapacidad 2007. Trabajo Decente para las personas con discapacidad: 3 de diciembre de 2007*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008.

⁹¹¹ L. Despouy, *op. cit.*, párrafos 184, 187 y ss.

52 % de las personas con discapacidad es económicamente inactivo, frente a sólo un 28 % de los no discapacitados. Mientras que la discapacidad sigue siendo un obstáculo importante para la inclusión a través del trabajo, estas cifras ilustran la magnitud de la tarea. La supresión de las barreras que dificultan la participación en el mercado de trabajo permitirá crear nuevas oportunidades⁹¹².

2.2.2 Regulación

El derecho al trabajo se regula, con carácter general, en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y es objeto de desarrollo en los artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconocen el derecho a trabajar, al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, y a los derechos sindicales. Además, en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio.

En el marco jurídico europeo, los artículos 1 a 6 de la Carta Social Europea y la Carta revisada recogen los derechos laborales de los europeos. En el ámbito comunitario, sobre todo tras la reforma de *Ámsterdam*, se han adoptado numerosas normas en materia laboral. Sobre la base del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación, se han establecido normativas comunes mínimas sobre condiciones laborales, igualdad o salud y seguridad en el trabajo. Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en su artículo 15 el derecho de toda persona a trabajar.

Con carácter específico para las personas con discapacidad, el derecho al trabajo se consagra en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este artículo está dividido en dos partes. En la primera, tras reconocer el derecho de las personas a trabajar, se incluye un amplio catálogo de medidas que los Estados deberán desarrollar para hacerlo efectivo. En la

⁹¹² Comunicación, de 30 de octubre de 2003, de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo, *cit.*, punto 2.2.

segunda parte, se reconoce el derecho a no ser sometido a esclavitud o trabajos obligatorios. Con anterioridad, el derecho al trabajo había sido reconocido en el punto 3 de la Declaración de los Derechos del *Retrasado Mental*, en el punto 7 de la Declaración de los Derechos de los Impedidos, en el Programa de Acción Mundial⁹¹³, en la Directrices de Tallin⁹¹⁴, o en el artículo 7 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

En el ámbito de la OIT, como ya se dijo, se han adoptado diversos instrumentos dirigidos especialmente a las personas con discapacidad⁹¹⁵. Entre los más destacados, cabe señalar la Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955, el Convenio núm. 159 y la Recomendación núm. 168, relativos a la readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*) de 1983.

Por otra parte, el artículo 15 de la Carta Social Europea y de su versión revisada se refiere al derecho al empleo de las personas con discapacidad, si bien con una óptica notablemente diferente. Mientras que el artículo 15 de la Carta de 1961 se circunscribe a la formación y rehabilitación profesionales de estas personas, haciendo especialmente al empleo *especial*, el artículo 15 de la Carta de 1996 busca promover el empleo de los trabajadores con discapacidad, desde la base de la autonomía y la integración social, con el fin de situarlas en el mercado de trabajo. Además, en la Recomendación R (2006) 5 sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa, el Comité de Ministros dedicó la línea de acción núm. 5 al empleo, la orientación y la formación profesionales.

Finalmente, en el ámbito de la Unión Europea, aparte de los diversos programas específicos de empleo, como HELIOS u HORIZON, que durante las últimas décadas se han puesto en marcha para impulsar el empleo de las personas

⁹¹³ Párrafos 128 y siguientes.

⁹¹⁴ Punto E, directrices 33-37.

⁹¹⁵ Véanse las pp. 141 y ss. de esta tesis.

con discapacidad en la Europa comunitaria, fue adoptada una de las normas más significativas de cuantas se han adoptado en la materia: la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Así, las personas con discapacidad tienen ampliamente reconocido el derecho a trabajar en igualdad de condiciones con los demás. Ello implica, como se establece en el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “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”.

Varía respecto al enunciado del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la descripción del entorno y el mercado laboral. Como señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, este derecho “no se lleva a la práctica en los casos en que la única verdadera oportunidad que tienen los trabajadores con discapacidad consiste en trabajar en los denominados talleres o lugares *protegidos* en condiciones inferiores a las normales”⁹¹⁶. Esa es la razón por la que en la Convención se ha hecho referencia expresa al mercado y el entorno, que al ser abiertos, inclusivos y accesibles, han de permitir la incorporación de las personas con discapacidad al mundo laboral *ordinario* en igualdad de condiciones que las demás personas, pues, como ya se advirtió en las Normas Uniformes respecto a esta cuestión, “el objetivo debe ser siempre que las personas con discapacidad obtengan empleo en el mercado de trabajo abierto”⁹¹⁷. Además, Zhang pone de relieve que al definir cómo debe ser el entorno, se está reconociendo que es precisamente el entorno y no la persona lo

⁹¹⁶ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 21.

⁹¹⁷ Artículo 7.7.

que debe ser objeto de cambio, siendo una clara expresión del modelo social de la discapacidad⁹¹⁸.

2.2.3 Medidas específicas para las personas con discapacidad

No obstante, el simple reconocimiento del derecho a trabajar no ha resultado suficiente⁹¹⁹. Para que el ejercicio del derecho al trabajo sea efectivo, los Estados deben adoptar una serie de medidas, incluso de naturaleza legislativa, que contribuyan a salvaguardar y promover las oportunidades de los trabajadores con discapacidad. La mayor parte de estas medidas han sido enumeradas en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque algunas de ellas son objeto de regulación específica en diversos instrumentos jurídicos. Es precisamente en estos ámbitos en los que mayores progresos se han logrado.

A continuación, se analizan, en primer lugar, aquellas medidas dirigidas específicamente a garantizar la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad en el empleo. En segundo lugar, las medidas relativas a su rehabilitación profesional. Y en tercer lugar, se detallan aquellas otras medidas que, pese a no haber tenido un desarrollo normativo tan específico, gozan de una especial importancia para promover los derechos laborales de las personas con discapacidad.

2.2.3.1 IGUALDAD DE OPORTUNIDADES Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

La primera medida que enumera el artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consiste en prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a

⁹¹⁸ E. G. Zhang, "Employment of People with Disabilities: International Standards and Domestic Legislation and Practices in China", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 532 y 533.

⁹¹⁹ Véase, por ejemplo, G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, pp. 71 y ss.

cualquier forma de empleo⁹²⁰. Además, la letra b) del artículo 27.1 exige a los Estados proteger los derechos de las personas con discapacidad a unas condiciones de trabajo justas y favorables, en igualdad de condiciones con las demás. Ya el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales había señalado respecto del artículo 7 del Pacto, que reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, que “los trabajadores con discapacidad no deben ser objeto de discriminación por lo que se refiere a sus salarios u otras condiciones si su labor es igual a la de los demás trabajadores”⁹²¹.

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha advertido que del artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada deriva la obligación de prohibir en la legislación nacional cualquier discriminación en el empleo basada en la discapacidad⁹²². Dicho artículo prevé que:

“With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular:

[...] 2. to promote their access to employment through all measures tending to encourage employers to hire and keep in employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled or, where this is not possible by reason of the disability, by arranging for or creating sheltered employment according to the level of disability. In certain cases, such measures may require recourse to specialised placement and support services; [...]”.

Como ya se vio, la Carta Social Europea revisada supone un avance respecto a la Carta de 1961, que se aprecia especialmente en materia de empleo. La Carta revisada únicamente se refiere al empleo protegido como posibilidad, y sobre la

⁹²⁰ Artículo 27.1: “[...]Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables [...]”.

⁹²¹ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 25.

⁹²² Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Eslovenia, p. 503.

base del empleo abierto, obliga a los Estados a promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad y a adaptar de las condiciones de trabajo a sus necesidades particulares⁹²³.

De este modo, una de las formas de mejorar el acceso al mercado laboral de las personas con discapacidad ha sido a través de la elaboración normativas específicas sobre igualdad y no discriminación⁹²⁴. Señalan De Lorenzo y Cabra de Luna que la nueva dimensión de la no discriminación postula que la falta de oportunidades laborales de las personas con discapacidad es en muchos casos producto de una discriminación, de una vulneración del derecho a la igualdad que asiste a todo ciudadano⁹²⁵.

El resultado de esta tendencia dirigida a erradicar los tratos discriminatorios en el entorno laboral es que la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el empleo se ha convertido en un auténtico derecho subjetivo. El instrumento que mejor ilustra esta afirmación es la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Directiva 2000/78 fue, como ya se dijo, uno de los instrumentos que, sobre la base del modificado artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó para luchar contra la discriminación. Así, la Directiva tiene por objeto, según su artículo 1, establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. El

⁹²³ Un estudio comparativo de ambos textos puede encontrarse en G. Quinn, “The European Social Charter...”, *op. cit.*, pp. 285 y ss.

⁹²⁴ Véase, en general, B. Doyle, *Disability, Discrimination and Equal Opportunities: A Comparative Study of the Employment Rights of Disabled Persons*, Londres y Nueva York: Mansell, 1995.

⁹²⁵ R. De Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna, “El empleo de las personas con discapacidad”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, p. 1138.

principio de igualdad de trato es definido en el texto como la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en los motivos expuestos⁹²⁶.

El ámbito de aplicación de la Directiva extiende su alcance a la esfera del empleo y la ocupación, que según se especifica en la misma, incluye:

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas⁹²⁷.

Y todo ello, como se indica en el mismo artículo 3, se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos.

Aunque este marco general se refiere también a la lucha contra la discriminación motivada en la religión o las convicciones, la edad o la orientación sexual, centraremos su análisis exclusivamente a lo relativo a la discapacidad. Como ya se vio, uno de los principales problemas que provocaba la Directiva 2000/78 era la falta de definición expresa de discapacidad. Esta indeterminación dejaba un margen de decisión demasiado amplio a los Estados, pues la variedad de interpretaciones respecto a la discapacidad podía provocar que a una misma persona le resultase o no de aplicación lo dispuesto en la Directiva en función del Estado en que se encontrase. No debe extrañar, por tanto, que no tardase en ser planteada una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre el significado de la expresión “discapacidad”. No obstante, el pronunciamiento del Tribunal fue

⁹²⁶ Artículo 2.

⁹²⁷ Artículo 3.1.

decepcionante⁹²⁸. El Tribunal, que excluyó la enfermedad del concepto de discapacidad, desarrolló un concepto de la misma notablemente inspirado en el modelo médico, según el cual la discapacidad “se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”⁹²⁹.

Volviendo al articulado de la Directiva, la igualdad de trato exige que, en el ámbito laboral, toda persona con discapacidad esté exenta de cualquier tipo de discriminación, sea directa o indirecta. Para definir ambos modos de discriminación, el legislador comunitario se sirvió de los desarrollos jurisprudenciales que el Tribunal de Justicia había ido introduciendo al respecto⁹³⁰. La discriminación directa, como se indica en el artículo 2.2.a), implica que “una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga” por motivo de una discapacidad que, como se verá, no necesariamente debe tener el trabajador que sufre la discriminación. Como afirma González de Rivera, al comparar la situación de dos personas hay que entender que no es exigible que ambas personas se encuentren en situaciones idénticas, sino que tan sólo sean sustancialmente iguales, de forma que el único criterio de diferenciación no puede ser la discapacidad de la persona⁹³¹.

Por otro lado, existirá discriminación indirecta, según el artículo 2.2.b), “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular [...] respecto de otras personas” a una persona con discapacidad. No obstante, se prevén dos excepciones en el precepto⁹³². En

⁹²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas*. Véanse al respecto las pp. 28 y 29 de esta tesis.

⁹²⁹ *Ibid.*, párrafo 43.

⁹³⁰ Véase al respecto D. L. Hosking, “Great expectations: protection from discrimination because of disability in Community law”, 31 *European Law Review* (2006), pp. 673 y ss.

⁹³¹ X. González de Rivera Serra, “El principio de no discriminación a personas con discapacidad en el derecho social comunitario”, en *Boletín Jurídico de Derecho.com* (2003), (accesible en <http://www.derecho.com/articulos>), apartado III.

⁹³² Artículo 2.2.b) letras i) y ii).

primer lugar, no existirá discriminación indirecta si la referida disposición, criterio o práctica se justifica objetivamente con una finalidad legítima, siendo los medios para la consecución de esta finalidad adecuados y necesarios. Un ejemplo de estos casos es la exigencia de unas determinadas condiciones visuales para obtener la licencia de conducir⁹³³. La segunda excepción se refiere al supuesto en que, a pesar de que una determinada disposición, criterio o práctica les pueda ocasionar una desventaja particular, exista una obligación del empresario de adoptar las medidas adecuadas previstas en el artículo 5, esto es, de realizar ajustes razonables. Además debe tenerse en cuenta que en el tercer apartado del artículo 2 se equipara el acoso a la discriminación, siempre y cuando esté relacionado con alguno de los motivos enumerados en el artículo primero.

A pesar de lo dicho, se contemplan en la Directiva diversas situaciones en las que, a pesar de producirse una diferencia de trato, no existirá discriminación. Whittle identifica en el texto tres supuestos diferentes que exceptúan el principio de igualdad de trato⁹³⁴. El primer supuesto se recoge en el artículo 2.5 y viene referido a aquellas medidas previstas en la legislación nacional que resultan necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos. El origen de esta limitación se encuentra en el articulado del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹³⁵.

La segunda excepción al principio se encuentra en el artículo 4, que justifica la diferencia de trato basada en una característica relacionada con los motivos enumerados en el artículo primero, si debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya “un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado”. Piénsese aquí, por

⁹³³ Sobre este aspecto, véase M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, *op. cit.*, p. 42.

⁹³⁴ R. Whittle, “The Framework Directive...”, *op. cit.*, pp. 303 y ss.

⁹³⁵ En particular, en los artículos 8.2, 9.2, 10.2 y 11.2 del Convenio.

ejemplo, en los requisitos médicos que, debido a las funciones que desempeña, se exige al personal de vuelo y que pueden excluir a un amplio número de personas con discapacidad.

La tercera excepción, que aparece en el artículo 7, viene referida a la acción positiva, esto es, a las medidas específicas que los Estado adoptan con el fin de prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por cualquiera de los motivos contemplados en la Directiva. En estos casos, aunque de hecho se produce una diferencia de trato, no se vulnera el principio, puesto que con estas medidas, debido a su finalidad preventiva o compensatoria, se favorece la consecución efectiva de la igualdad de trato. Hosking ha criticado que la acción positiva sea contemplada como una excepción al principio de igualdad de trato más que como una herramienta para la consecución del mismo. Para el autor, este modo de concebir la acción positiva resulta de aplicar el paradigma de la igualdad formal, y no la material, sobre aquel principio⁹³⁶.

La situación específica de las personas con discapacidad en relación con las acciones positivas viene recogida en el apartado segundo del artículo 7. El precepto establece que el principio de igualdad de trato “no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”. Esto permite la adopción de una determinada tipología de medidas que, por otro lado, son prácticas habituales en las legislaciones nacionales, como pueden ser la previsión de incentivos y beneficios fiscales o el establecimiento de cupos o cuotas de puestos de trabajo reservados⁹³⁷. Sin embargo, como advierte Quinn, la referencia a las disposiciones relativas a la salud y la seguridad como posible

⁹³⁶ D. L. Hosking, *op. cit.*, pp. 678 y 679.

⁹³⁷ E. Garrido Pérez, *op. cit.*, p. 188.

excepción a la igualdad de trato, plantea el peligro de que con ello se amparen prácticas segregativas respecto a los trabajadores con discapacidad⁹³⁸.

Uno de los aspectos esenciales de cuantos se regulan en la Directiva es el deber de realizar ajustes razonables, previsto en el artículo 5:

“A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

En primer lugar, debe destacarse que, de forma expresa, el artículo está únicamente dirigido a las personas con discapacidad, quedando fuera los supuestos de discriminación en el empleo y la ocupación por razón de religión, convicciones, edad u orientación sexual. Además, el artículo se refiere al empresario como único sujeto obligado a establecer los ajustes razonables, por lo que excluye al sector público de su ámbito de aplicación⁹³⁹.

Los ajustes razonables, según se definen en el precepto, consisten en la adopción de medidas que permitan a las personas con discapacidad “acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación”. Por cuanto no se especifica el alcance o contenido de estas medidas, Garrido Pérez entiende que los ajustes podrían ser de carácter estructural (adecuación y accesibilidad de las instalaciones y los medios de producción) como organizativo (formulación de los sistemas de selección de personal, cobertura de puestos de trabajo, promoción, ascensos, etc.)⁹⁴⁰. No obstante, en la Consideración 20, al hablar de medidas adecuadas, se hace referencia a “medidas eficaces y

⁹³⁸ G. Quinn, “The European Social Charter...”, *op. cit.*, p. 303.

⁹³⁹ En ese sentido, es una excepción al ámbito de aplicación que regula el artículo 3.

⁹⁴⁰ E. Garrido Pérez, *op. cit.*, pp. 184 y 185.

prácticas para acondicionar el lugar de trabajo en función de la discapacidad, por ejemplo adaptando las instalaciones, equipamientos, pautas de trabajo, asignación de funciones o provisión de medios de formación o encuadre”, por lo que parecería que el artículo está más bien orientado a la adopción de medidas de naturaleza estructural⁹⁴¹. En cualquier caso, corresponderá los Estados, al transcribir la Directiva a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, precisar o delimitar este marco general⁹⁴².

En tanto el tenor literal del artículo 5 vincula la realización de ajustes razonables a la observancia del principio de igualdad de trato, Bussacchini ha llegado a considerar que la denegación de los mismos constituiría discriminación⁹⁴³. No obstante, esta afirmación plantea serias dudas. Si bien en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión se incluía como forma de discriminación la falta de realización de los ajustes razonables oportunos, durante las negociaciones del Consejo se eliminó dicha referencia, regulando los ajustes razonables en un artículo separado y omitiendo cualquier referencia a la discriminación⁹⁴⁴.

La cuestión que subyace es si los ajustes razonables forman parte del contenido esencial del derecho a la no discriminación en la esfera del empleo regulado en la Directiva. Ya en el análisis general del derecho a la igualdad y la no discriminación concluimos que, en su vertiente material, el derecho a los ajustes razonables es un elemento esencial del mismo. Y a idéntica conclusión llegamos en lo que respecta a este derecho concreto, sobre todo al realizar una interpretación integradora con otras normas internacionales en la materia.

⁹⁴¹ *Ibid.*, p. 185.

⁹⁴² Hay que tener en cuenta que, como se establece en el artículo 8, así como en la Consideración 28, las disposiciones contenidas en la Directiva establecen requisitos mínimos, por lo que los Estados pueden introducir o mantener disposiciones más favorables.

⁹⁴³ F. Bussacchini, “Legal Developments in the European Community in the Disability Field. From special needs to equal rights”, en G. A. Dal y F. Krenc, *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006, p. 35.

⁹⁴⁴ Véase al respecto G. Quinn, “The European Social Charter...”, *op. cit.*, p. 302.

El artículo 27.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a los Estados a que, con el fin de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, velen “por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”⁹⁴⁵. Esta obligación adquiere una dimensión mayor si atendemos a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención, que, como se ha dicho, define la denegación de ajustes razonables como una forma de discriminación⁹⁴⁶.

También el Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado, respecto del artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada, que para garantizar el acceso efectivo de las personas con discapacidad al empleo, los Estados deben exigir a los empresarios la realización de ajustes razonables⁹⁴⁷. Y ello a pesar de que la Carta no los prevé de forma expresa.

Por tanto, pese a la relativa indeterminación con la que la Directiva se refiere a los ajustes razonables, debe entenderse que forman parte del contenido esencial del derecho a la igualdad y la no discriminación en el empleo, con lo que su denegación injustificada, debiera suponer una vulneración del mismo.

Sin embargo, el deber de realizar ajustes razonables en la Directiva no es ilimitado. El empresario no tendrá la obligación de adoptar las medidas vistas cuando le supongan una carga excesiva. Según el precepto, una carga no será excesiva “cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la

⁹⁴⁵ Artículo 27.1.i).

⁹⁴⁶ Artículo 2: “[...] Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables [...]”.

⁹⁴⁷ Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, Observación interpretativa respecto del artículo 15.2, p. 13: “*There must be obligations on the employer to take steps in accordance with the requirement of reasonable accommodation to ensure effective access to employment and to keep in employment persons with disabilities, in particular persons who have become disabled while in their employment as a result of an industrial accident or occupational disease*”.

política del Estado miembro sobre discapacidades”. Lo cierto es que la indeterminación de esta expresión es evidente.

Para tratar de dotar de contenido a aquella es necesario acudir al texto de la Consideración 21, que aconseja tener en cuenta, para determinar si las medidas en cuestión dan lugar a una carga desproporcionada, “los costes financieros y de otro tipo que éstas impliquen, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda”. Pese a que la configuración final de esta limitación corresponde a los Estados, la doctrina ha criticado que la razonabilidad de las medidas de ajuste sea básicamente sometida a criterios económicos y financieros⁹⁴⁸. Incluso Mabbett se ha planteado hasta qué punto el deber de realizar los ajustes razonables forma parte del derecho fundamental a la no discriminación, si cada Estado es libre de determinar, de acuerdo a sus políticas sociales, la pertinencia y el carácter razonable de las medidas⁹⁴⁹.

En cualquier caso, la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, constituye uno de los instrumentos más importantes de cuantos se han adoptado en materia de discapacidad. Su enfoque se aleja definitivamente de aquellas primeras iniciativas comunitarias que enmarcaban la discapacidad como una cuestión de política asistencial para, desde el modelo social, apostar por el reconocimiento de auténticos derechos subjetivos⁹⁵⁰. En este sentido, el potencial que la Directiva posee para garantizar la efectividad de los derechos laborales de las personas con discapacidad es considerable.

⁹⁴⁸ Por ejemplo, E. Garrido Pérez, *op. cit.*, p. 186.

⁹⁴⁹ D. Mabbett, *op. cit.*, pp. 97 y ss.. Además, puede encontrarse un estudio del concepto de ajustes razonables en el contexto comunitario en A. Hendriks y L. Waddington, *op. cit.*, pp. 403 y ss. Véase también G. Thüsing, “Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC”, 19 (2) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2003) pp. 187-218.

⁹⁵⁰ Al respecto, véase F. Ast, “Les Protecciones Offertes aux...”, *op. cit.*, p. 40; M. A. Cabra de Luna y C. Gaztelu San Pio, *op. cit.*, p. 44; y L. Waddington, *From Rome to Nice...*, *op. cit.*, p. 22.

Y ese potencial puede ser aún mayor si el Tribunal de Justicia continúa con la línea vanguardista iniciada de forma reciente a raíz del *asunto Coleman*⁹⁵¹. En Tribunal ha entendido que “el hecho de que la Directiva 2000/78 contenga disposiciones destinadas a tener en cuenta específicamente las necesidades de las personas con discapacidad no permite llegar a la conclusión de que el principio de igualdad de trato que la misma consagra deba interpretarse de manera restrictiva, es decir, en el sentido de que prohíbe únicamente las discriminaciones directas por motivo de discapacidad que afecten exclusivamente a las propias personas con discapacidad”⁹⁵². Consecuentemente, el Tribunal ha extendido la prohibición de discriminación directa a aquellos casos, como el de la señora Coleman, en el que el trato desfavorable estaba motivado, no en su discapacidad — pues no la tenía —, sino en la de su hijo, que obligaba a la trabajadora a dispensar la mayor parte de los cuidados que aquél requería, y por tanto, a necesitar de unas condiciones especiales de trabajo.

2.2.3.2 READAPTACIÓN PROFESIONAL

En lo que respecta a la readaptación profesional de las personas con discapacidad, es en el ámbito de la OIT donde más avances se han realizado. La Organización ha adoptado tres instrumentos que, de forma específica para las personas con discapacidad, se refieren a esta cuestión. Se trata de la Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955, del Convenio núm. 159 y de la Recomendación núm. 168, relativos a la readaptación profesional y el empleo (personas *inválidas*) de 1983, ya mencionados.

La readaptación profesional, también denominada en ocasiones “rehabilitación profesional”, es conceptuada en la Recomendación núm. 99 como aquella parte del proceso continuo y coordinado de adaptación y readaptación que

⁹⁵¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, *Coleman*.

⁹⁵² *Ibid.*, párrafo 43.

comprende el suministro de medios, especialmente orientación profesional, formación profesional y colocación selectiva, para que las personas con discapacidad puedan obtener y conservar un empleo adecuado⁹⁵³. A pesar de que han transcurrido más de cincuenta años desde que se adoptó esta norma, esta definición sigue estando vigente. Prueba de ello es que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones se ha basado en dicha Recomendación para dotar de contenido a la expresión⁹⁵⁴. En el Convenio núm. 159 se precisa que la finalidad de la readaptación profesional debe ser la de “permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad”⁹⁵⁵.

En este sentido, las medidas concretas que comprende la readaptación profesional se encuadran, básicamente, en tres categorías. En primer lugar, aquellas dirigidas a orientar profesionalmente a las personas con discapacidad. La finalidad de estas medidas es apoyar a las personas con discapacidad que desean elegir o cambiar de trabajo, a través de la evaluación de sus aptitudes y las condiciones del entorno laboral. En segundo lugar, la readaptación implica proporcionar o facilitar la formación profesional adecuada, para que la persona interesada pueda adquirir las condiciones necesarias para el desempeño de un trabajo determinado. La tercera categoría se refiere a las medidas dirigidas a colocar a las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. En todos estos ámbitos, las personas con discapacidad debieran poder beneficiarse de los servicios destinados al público en general⁹⁵⁶.

⁹⁵³ Punto 1.a).

⁹⁵⁴ Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de 1998, Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, sección III, párrafos 79 y ss.

⁹⁵⁵ Artículo 1.2.

⁹⁵⁶ Ya en la Recomendación núm. 99 se insistía en este aspecto, por ejemplo, en el punto 12. En el Convenio núm. 159 se incidió nuevamente sobre esta cuestión. El artículo 7 del mismo obliga a

Además del Convenio y las Recomendaciones de la OIT, diversas normas jurídicamente vinculantes se refieren de forma específica a la readaptación profesional. El artículo 6.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prevé, entre las medidas que deberán ser adoptadas para lograr la plena efectividad del derecho al trabajo, la orientación y formación tecnicoprofesional que, como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “deben reflejar las necesidades de todas las personas con discapacidad, deben tener lugar en condiciones integradas, y deben planificarse y llevarse a la práctica con la plena participación de representantes de personas con discapacidad”⁹⁵⁷.

La Carta Social Europea de 1961 reconoce en su artículo 15 el derecho de las personas *física o mentalmente disminuidas* a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, para lo cual exige de los Estados la adopción de una serie de medidas. En particular:

- “1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.
2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

Por otro lado, y con un enfoque diametralmente más moderno, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad incluye entre las medidas previstas para salvaguardar el ejercicio del derecho a trabajar, la promoción de programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad⁹⁵⁸.

los Estados a que “siempre que sea posible y adecuado, se utili[cen] los servicios existentes para los trabajadores en general, con las adaptaciones necesarias”.

⁹⁵⁷ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafo 24.

⁹⁵⁸ Artículo 27.1.k).

También las letras d) y e) del artículo 27.1 exigen a los Estados la adopción de otras medidas directamente ligadas a la readaptación profesional, como son:

- “d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua
- e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”.

Lo cierto es que la preocupación por fomentar la readaptación profesional de las personas con discapacidad se remonta a las primeras actuaciones normativas relativas a estas personas. De esta manera, encontramos referencias a la misma las Declaraciones de Naciones Unidas de la década de los setenta, o en el Programa de Acción Mundial, en cuya preparación participó la OIT de forma especialmente activa. Asimismo, durante este tiempo se han sucedido numerosos programas, especialmente en el ámbito comunitario, dirigidos a fomentar la readaptación laboral de las personas con discapacidad⁹⁵⁹.

Sin la adopción de este tipo de medidas, difícilmente las personas con discapacidad podrían acceder al empleo en igualdad de condiciones con los demás. Como relata Murray, cada vez más las personas con discapacidad ocupan en la sociedad los lugares que les corresponden al lado de las personas sin discapacidad, por eso, para que puedan aprovechar adecuadamente las oportunidades del mercado laboral y del mundo del trabajo, es importante que se les oriente, forme y prepare para ello⁹⁶⁰.

2.2.3.3 OTRAS MEDIDAS DE PROMOCIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

Los Estados han adquirido durante los últimos años diversos compromisos para promover el empleo de las personas con discapacidad. Para que estas puedan ejercer su derecho a la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, es

⁹⁵⁹ Véase el apartado de esta tesis relativo a los programas comunitarios en materia de discapacidad, pp. 285 y ss.

⁹⁶⁰ B. Murray, *op. cit.*, p. 9.

necesario que se desarrolle una labor activa por parte de las autoridades estatales, que puede revestir muy diversas formas.

En lo que respecta al sector privado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados que promuevan el empleo mediante políticas y medidas pertinentes, entre las que se incluyen la acción positiva y los incentivos⁹⁶¹. El artículo 7.2 de las Normas Uniformes enumera algunas de estas medidas, entre las figuran la capacitación profesional, los planes de cuotas basadas en incentivos, el empleo reservado, los préstamos o subvenciones para empresas pequeñas, los contratos de exclusividad o derechos de producción prioritarios, las exenciones fiscales, la supervisión de contratos u otro tipo de asistencia técnica y financiera para las empresas que empleen a trabajadores con discapacidad.

Estas medidas son sólo un ejemplo la enorme capacidad de actuación que tienen los Estados para estimular el empleo de estas personas. De hecho, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha reconocido de forma implícita que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar las medidas que van a desarrollar para cumplir con las obligaciones del artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada⁹⁶². Dicho artículo exige a los Estados promover el acceso al empleo de las personas con discapacidad mediante la adopción de todas aquellas medidas dirigidas a estimular a los empleadores para que las contraten y mantengan en el entorno habitual de trabajo⁹⁶³.

⁹⁶¹ Artículo 27.1.h).

⁹⁶² Véanse por ejemplo las Conclusiones XIV-2 de 1998, relativas a Bélgica, en las que el Comité especifica que, aunque el artículo 15.2 no exige el establecimiento de unas medidas determinadas, como en este caso las cuotas, si el Estado decide establecerlas el Comité se reserva el derecho de examinar su efectividad.

⁹⁶³ Artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada: “[the Parties undertake, in particular] to promote their access to employment through all measures tending to encourage employers to hire and keep in employment persons with disabilities in the ordinary working environment and to adjust the working conditions to the needs of the disabled or, where this is not possible by reason of the disability, by arranging for or creating sheltered employment according to the level of disability. In certain cases, such measures may require recourse to specialised placement and support services”.

La acción positiva, de la que ya se ha hablado, pretende operar como un mecanismo de equilibrio, dirigido a compensar la exclusión que sufre de forma *quasi* inherente un determinado grupo de personas⁹⁶⁴. De Lorenzo y Cabra de Luna entienden que se trata del complemento insustituible para que la no discriminación en el empleo pueda surtir todos sus efectos⁹⁶⁵. De ahí que no deba sorprender que el artículo 7 de la Directiva 2000/78 previese expresamente su establecimiento. De hecho, el uso de este tipo de medidas, basadas en la discriminación positiva, está muy extendido en nuestro país⁹⁶⁶.

Conviene aclarar las importantes diferencias que existen entre los ajustes razonables y la acción positiva, en tanto en ocasiones pueden inducir a confusión. Los ajustes razonables se realizan a persona determinadas, con la finalidad de posibilitarles participar en el empleo sin distinción con quienes no tienen una discapacidad. Por el contrario, las medidas positivas van dirigidas a toda una colectividad de personas, con la finalidad de prevenir o compensar la desventaja que la discapacidad les supone⁹⁶⁷. Mientras que con las medidas positivas se crean oportunidades de empleo que de otra forma no existirían, los ajustes razonables suponen una modificación o una adaptación respecto de un puesto de trabajo determinado⁹⁶⁸. Y tanto los ajustes razonables, que forman parte del contenido esencial del derecho a la igualdad y la no discriminación, como las medidas positivas, lejos de ser excluyentes, interaccionan muy positivamente de forma complementaria. No obstante, existe una parte minoritaria de la doctrina que, a pesar de reconocer algunas de las diferencias expuestas, sostiene que los ajustes razonables no son sino una forma de acción positiva⁹⁶⁹. Este planteamiento ha sido

⁹⁶⁴ Véase al respecto B. Doyle, *Disability, Discrimination and Equal Opportunities...*, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

⁹⁶⁵ R. De Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna, *op. cit.*, p. 1138.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, pp. 1170 y ss.

⁹⁶⁷ Véase D. L. Hosking, *op. cit.*, p. 683.

⁹⁶⁸ Véase G. Quinn, "The Human Rights of People with Disabilities under EU...", *op. cit.*, p. 291.

⁹⁶⁹ Véase al respecto A. Hendriks y L. Waddington, *op. cit.*, pp. 409 y ss.

superado por las últimas normas internacionales en la materia que, como la Directiva 2000/78 o la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, diferencian expresamente entre ambos conceptos.

Además de fomentar la contratación en el sector privado, los Estados pueden promover las oportunidades de empleo de las personas con discapacidad en otros ámbitos. Por ejemplo, deberán facilitar el trabajo por cuenta propia⁹⁷⁰. Esta alternativa ha funcionado de forma más o menos correcta en Europa gracias a programas e iniciativas como HORIZON o EQUAL⁹⁷¹. Otra opción, teniendo en cuenta que los Estados también actúan como empleadores, es la trabajar en el sector público⁹⁷². Como ya se dijo en relación con el derecho a la participación en la vida pública, los Estados tienen la obligación de proteger el derecho de las personas con discapacidad a ejercer cargos y desempeñar cualquier función pública a todos los niveles de gobierno, en las mismas condiciones, y con los mismos requisitos, que las demás personas. La opción de establecer cuotas para estas personas será una cuestión que determinará cada Estado de acuerdo a su política interna⁹⁷³.

Una última posibilidad es la del empleo protegido. Aunque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad guarda silencio al respecto, no debiera concluirse que constituya una alternativa contraria a la misma, siempre y cuando se den una serie de condiciones. Hay que tener en cuenta que el empleo competitivo puede no ser siempre una opción viable⁹⁷⁴. En estos casos, el artículo 7.7 de las Normas Uniformes prevé la opción de crear pequeñas dependencias con

⁹⁷⁰ Artículo 27.1.f) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹⁷¹ Véase el apartado de esta tesis relativo a los programas comunitarios empleo, en especial las pp. 293 y ss.

⁹⁷² Artículos 27.1.g) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y 7.5 de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

⁹⁷³ El Comité de Derechos Humanos ha reconocido, respecto del derecho de acceso a la función pública, la potestad de los Estados de adoptar medidas positivas con el fin de promover la igualdad de oportunidades. Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, *cit.*, párrafo 23.

⁹⁷⁴ A. O'Reilly, *op. cit.*, p. 74.

empleos protegidos o reservados. No obstante, esta alternativa debiera tener carácter excepcional, y su finalidad, según el artículo, deberá ser la creación de “oportunidades que permitan a las personas con discapacidad obtener empleo en el mercado de trabajo”.

En esa misma línea, el artículo 15.2 de la Carta Social Europea revisada prevé como posibilidad la creación de empleos protegidos para aquellas personas que, por su discapacidad, no pueden acceder al mercado laboral abierto. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha insistido en que, en cualquier caso, el propósito del mismo no debe ser otro que preparar a los beneficiarios del mismo para la obtención de un empleo competitivo⁹⁷⁵. También en la línea de acción núm. 5 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa se remarca la contribución al empleo que pueden suponer los talleres protegidos.

En definitiva, como advierte Murray, estas alternativas previstas para las personas que no están en disposición de encontrar empleo en el mercado laboral abierto, además de ser útiles y remuneradoras, debieran configurarse únicamente a modo de transición⁹⁷⁶. No obstante, no debe ser pasado por alto que, como se indica en la Recomendación núm. 168 de la OIT, no existe un único modelo de empleo protegido, sino varios tipos⁹⁷⁷. Lo más corriente es que sean establecimientos privados que, a menudo, consisten en asociaciones o cooperativas⁹⁷⁸. Además, en ocasiones el empleo protegido se emplea en sentido amplio, de manera que abarca también los centros ocupacionales, cuya finalidad, lejos capacitar a la persona para

⁹⁷⁵ Véanse, por ejemplo, las Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Armenia, pp. 113 y 114.

⁹⁷⁶ B. Murray, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

⁹⁷⁷ Artículo 11.b).

⁹⁷⁸ L. Visier, “Relaciones laborales en los sistemas de trabajo protegido para personas minusválidas”, 117 (3) *Revista Internacional del Trabajo* (1998), pp. 372 y ss.

competir en el mercado abierto, es básicamente rehabilitadora y didáctica⁹⁷⁹. Estos casos guardan más relación con el derecho a la educación o a la rehabilitación que con el derecho al trabajo⁹⁸⁰.

Finalmente, el artículo 27.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige a los Estados asegurar que las personas con discapacidad no sean sometidas a esclavitud ni servidumbre y que estén protegidas, en igualdad de condiciones con las demás, contra el trabajo forzoso u obligatorio. Esta prohibición reitera lo ya previsto en los artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.3 DERECHO A LA ACCESIBILIDAD

En cierta medida, la accesibilidad forma parte del contenido sustantivo de otros muchos derechos, como el trabajo, la educación o la participación en la vida pública. Difícilmente una persona con discapacidad podrá desempeñar un trabajo si el entorno laboral no es accesible. De igual manera, ya se ha visto como la educación inclusiva requiere de unas instalaciones accesibles para cada tipo de discapacidad. No obstante, su regulación internacional más reciente también ha dotado a la accesibilidad de cierto contenido autónomo. Es por este motivo que podemos hablar de un derecho subjetivo a la accesibilidad.

2.3.1 Concepto de accesibilidad

Debido a su complejidad y abstracción, resulta difícil encontrar una definición satisfactoria de accesibilidad⁹⁸¹. De hecho, aún cuando los instrumentos normativos

⁹⁷⁹ Sobre las diferentes interpretaciones del concepto de empleo protegido, véase E. Samoy y L. Waterplas, *Sheltered employment in five member states of the Council of Europe: Austria, Finland, Norway, Sweden and Switzerland*, Estrasburgo: COE Publishing, 1997, pp. 6 y ss.

⁹⁸⁰ Un estudio sobre la situación del empleo protegido en España puede encontrarse en M. Laloma García, *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Madrid: Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007.

⁹⁸¹ Véase al respecto F. Alonso López, “Los ejes dominantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (Dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1213 y ss.

internacionales se han referido en diversas ocasiones a la misma, ninguno de ellos ha establecido un concepto, limitándose a delimitar su alcance o a desarrollar las medidas concretas que implica su observancia. Alonso López define la accesibilidad como el derecho de quienes son más diferentes o tienen una mayor limitación a disfrutar de la misma calidad de relación con su entorno que cualquier otro⁹⁸². Desde la perspectiva de la discapacidad, Iwarsson y Sthål se basan en los conceptos usados por la OMS en la CIF para afirmar que la accesibilidad determina un entorno en el que un sujeto con cualquier deficiencia puede *funcionar* de forma independiente⁹⁸³. Y ese entorno, como se verá, no se limita exclusivamente al entorno físico.

El artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que la accesibilidad implica la igualdad de acceso para las personas con discapacidad al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

Como ya se ha dicho, si bien los derechos a la movilidad personal y a la accesibilidad tienen por finalidad mejorar el acceso y la participación de las personas con discapacidad, responden a un planteamiento diferente. Mientras que la movilidad personal incide sobre todas aquellas medidas de apoyo a la persona que favorecen su movimiento y desplazamiento, la accesibilidad se centra el entorno, esto es, a aquellos aspectos externos a la persona. En cualquier caso, ambos derechos son interdependientes, pues el uno carece de sentido sin el otro. De nada sirve que una persona aprenda Braille si le resulta imposible encontrar información o señalizaciones en dicho sistema. Asimismo, tampoco es de utilidad

⁹⁸² *Ibid.*, pp. 1209 y 1210.

⁹⁸³ S. Iwarsson y A. Sthål, "Accessibility, usability and universal design – positioning and definition of concepts describing person-environment relationships", 25 (2) *Disability and Rehabilitation* (2003), p. 58.

dotar de rampas todas las instalaciones públicas si no se facilitan sillas de ruedas a quienes precisan de ellas.

2.3.2 Regulación

La norma fundamental en materia de accesibilidad es el citado artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ya se ha visto que el artículo 3 también se refiere a la accesibilidad en su letra f), si bien lo hace como principio que informa toda la Convención, y no como derecho. Aunque realmente, tampoco el artículo 9 reconoce un derecho expreso de las personas con discapacidad a la accesibilidad, sino que establece un conjunto de obligaciones de los Estados dirigidas a asegurar aquella. En cualquier caso, de la interpretación de este artículo y de las demás normas internacionales en la materia sí se deduce la existencia de un auténtico derecho subjetivo a la accesibilidad.

En el ámbito universal, ningún instrumento jurídicamente vinculante se había referido a la accesibilidad en el sentido en que lo hace la Convención⁹⁸⁴. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 25 regula el derecho de acceso a la función pública, mientras que el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que tanto la enseñanza secundaria como la enseñanza superior deben hacerse accesibles a todos. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales apenas mencionó la accesibilidad del transporte y la vivienda en su Observación general relativa a las personas con discapacidad⁹⁸⁵.

En cambio, la normativa no vinculante en materia de discapacidad se viene refiriendo a la accesibilidad desde hace casi tres décadas. En el Programa de Acción Mundial se incluía un apartado en el que, bajo el título “Medio ambiente”, solicitaba a los Estados que se esforzasen por que el medio físico fuese accesible a

⁹⁸⁴ Véase al respecto N. Flowers (ed.), *op. cit.*, pp 43 y 44.

⁹⁸⁵ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, párrafos 23 y 33.

todas las personas, y promoviesen la accesibilidad de los edificios, instalaciones, viviendas y transportes⁹⁸⁶. Unos años después, el artículo 5 de las Normas Uniformes volvió a incidir sobre la importancia de garantizar a las personas con discapacidad la accesibilidad, no sólo del entorno físico, sino también de la información y las comunicaciones.

Donde sí se han logrado, especialmente en los últimos tiempos, importantes avances concretos en lo relativo al derecho a la accesibilidad es en el marco jurídico europeo. El artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada exige a los Estados que promuevan la plena integración social de las personas con discapacidad y su participación la vida de la comunidad a través de medidas dirigidas a superar las barreras a la comunicación y la movilidad y a posibilitar el acceso al transporte, la vivienda, y las actividades culturales y recreativas⁹⁸⁷. Por ese motivo, además de adoptar otras resoluciones específicas en la materia, el Consejo de Europa destinó las líneas de acción núm. 6 y 7 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) a la accesibilidad del entorno construido y los transportes.

Aunque no hay base jurídica expresa sobre accesibilidad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya se ha visto que el Tribunal Europeo ha extendido el concepto de vida privada regulado en el artículo 8 al establecimiento y desarrollo de relaciones con otras personas y el entorno⁹⁸⁸. Con esta interpretación, se abre la posibilidad de que el Tribunal pueda considerar que la denegación del

⁹⁸⁶ Programa de Acción Mundial, párrafos 112-115.

⁹⁸⁷ Artículo 15 de la Carta Social Europea revisada: “*With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular: [...] 3. to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure*”.

⁹⁸⁸ *Niemietz c. Alemania*, cit.: “29. *The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of "private life" [...]. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world [...]*”.

derecho a la accesibilidad vulnera el derecho a la vida privada reconocido en el Convenio, algo que todavía no ha sucedido⁹⁸⁹.

En el ámbito comunitario, debido a la importancia que tiene para lograr la igualdad de oportunidades y la plena participación de las personas con discapacidad, la accesibilidad constituye un campo de trabajo consolidado. Los principales esfuerzos en la materia se han centrado, además de la sociedad de información, en el ámbito del transporte de pasajeros, donde el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo es el máximo exponente.

2.3.3 Contenido del derecho

Para determinar el contenido del derecho a la accesibilidad hay que partir del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que exige a los Estados garantizar, no sólo la accesibilidad del entorno físico y el transporte, sino también la accesibilidad de los servicios públicos o de uso público así como de la información y las comunicaciones. Para ello, los Estados deberán adoptar todas las medidas pertinentes. Estas medidas varían dependiendo del ámbito al que va dirigida la obligación de asegurar el acceso. No obstante, con carácter general los Estados deberán identificar los obstáculos y las barreras de acceso y, en consecuencia, proceder a eliminarlos⁹⁹⁰. Asimismo, deberán ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a los que se enfrentan las personas con discapacidad⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ Véanse al respecto B. Favreau, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; O. De Schutter, *op. cit.*, pp. 53 y ss.; así como los apartados de esta tesis relativos al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al derecho a la vida privada.

⁹⁹⁰ Artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹⁹¹ Artículo 9.2.c) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

2.3.3.1 ACCESIBILIDAD DEL ENTORNO FÍSICO

El entorno físico viene referido, como se detalla en el mismo artículo 9, a los edificios y las vías públicas, así como otras instalaciones exteriores e interiores, incluidas las escuelas, las viviendas, las instalaciones médicas y los lugares de trabajo. También el transporte puede ser considerado parte integrante del entorno físico. Sin embargo, por la especificidad en su regulación, el transporte se analiza de forma separada en este apartado.

La Convención establece una serie de obligaciones concretas de los Estados respecto de los edificios, servicios y demás instalaciones abiertas al público o de uso público. En primer lugar, aquellos deberán desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre su accesibilidad⁹⁹². No obstante, no se determina el contenido concreto de dichas normas. En segundo lugar, deberán dotarlos de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión, así como ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, lo que incluye guías y lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas⁹⁹³. Por último, la letra b) del artículo 9.2 obliga a los Estados a asegurar que cuando dichas instalaciones o servicios estén a cargo de entidades privadas, estas tengan en cuenta aquellos aspectos relativos a su accesibilidad.

Aunque el artículo 9 no establece nada al respecto, una de las maneras más eficaces de garantizar la accesibilidad para las personas con discapacidad es a través del “diseño universal”. El diseño universal es definido en el artículo 2 de la Convención como “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”.

Uno de los textos básicos en este ámbito es la Resolución AP (2007) 3 relativa a consecución de la plena participación a través del diseño universal, adoptada por el

⁹⁹² Artículo 9.2.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹⁹³ Artículo 9.2.d) y e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Comité de Ministros del Consejo de Europa en el marco del Acuerdo Parcial⁹⁹⁴. Con el diseño universal, el Comité de Ministros pretende establecer una estrategia que sirva de aplicación para todos los aspectos de la sociedad, y no simplemente para lograr la simple accesibilidad de los edificios. En primer lugar, porque el diseño universal es un concepto envolvente, que se extiende sobre todo el entorno y los servicios de los que pueda hacer uso una persona. Y en segundo lugar, porque no está dirigido exclusivamente a las personas con discapacidad, sino a todos los integrantes de la sociedad. En tanto contribuye a promover la plena ciudadanía y la vida independiente de todas las personas, con o sin discapacidad, el Comité solicita en la Resolución que los Estados incorporen dicho concepto en sus legislaciones, políticas y prácticas nacionales⁹⁹⁵.

Asimismo, el artículo 4 de la Convención establece en su letra f) la obligación general de los Estados de emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, así como promoverlo en la elaboración de normas y directrices. Esta labor de promoción es fundamental, puesto que, contrariamente a lo que pueda parecer, el coste económico de la accesibilidad es mínimo en edificios e instalaciones de nueva construcción. De hecho, se ha demostrado que la construcción de edificios accesibles eleva menos del 1% el costo de la misma⁹⁹⁶.

Con el diseño universal se previene la creación de nuevas barreras. Sin embargo, ello no impide que los Estados, en virtud del artículo 9.1 de la Convención estén obligados a eliminar las ya existentes. Es más, aún cuando no

⁹⁹⁴ Resolución AP (2007) 3, “*Achieving full participation through Universal Design*”, de 12 de diciembre de 2007. En ella, el diseño universal es definido como una estrategia dirigida a que los diferentes entornos, los productos, las comunicaciones, las tecnologías de la información y los servicios, tengan un diseño y una composición accesibles, comprensibles y aptos para todas las personas, de la forma más independiente y natural posible.

⁹⁹⁵ Ya en la línea de acción núm. 6 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) se fijaba como objetivo establecer de forma progresiva un entorno accesible para las personas con discapacidad a través de la aplicación del principio de diseño universal.

⁹⁹⁶ VV. AA., *Discapacidad. Manual para Parlamentarios*, op cit., p. 86

tengan esa obligación por tratarse de edificios o instalaciones de naturaleza privada, como pueda ser el domicilio de una persona con discapacidad, de las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto del artículo 15.3 de la Carta revisada se deduce que los Estados están obligados a prestar ayudas económicas para que las personas puedan adaptarlos a sus necesidades⁹⁹⁷.

Además, debiera tenerse en cuenta la opinión las personas con discapacidad en todo lo relativo a la accesibilidad del entorno físico, pues al fin y al cabo, son los máximos interesados. El artículo 5.4 de las Normas Uniformes establece al respecto que:

“Debe consultarse a las organizaciones de personas con discapacidad cuando se elaboren normas y disposiciones para asegurar el acceso. Dichas organizaciones deben asimismo participar en el plano local, desde la etapa de planificación inicial, cuando se diseñen los proyectos de obras públicas, a fin de garantizar al máximo las posibilidades de acceso”.

2.3.3.2 ACCESIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

En lo relativo a la accesibilidad de la información y las comunicaciones, que incluyen también los servicios electrónicos y de emergencia, los Estados tienen igualmente la obligación de identificar y eliminar los obstáculos y barreras a las mismas. Igualmente, deberán promover formas adecuadas de asistencia y apoyo que aseguren el acceso de las personas con discapacidad, además de la accesibilidad de los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet⁹⁹⁸. Esta misma obligación ha sido exigida, en el marco europeo, por el Comité Europeo de Derechos Sociales⁹⁹⁹.

Como en el entorno físico, además de intervenir sobre las barreras existentes, es necesario prevenir la creación de nuevas barreras. Por ese motivo, la letra h) del

⁹⁹⁷ Véanse las Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, relativas a Italia, p. 299.

⁹⁹⁸ Artículo 9.2.f) y g) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

⁹⁹⁹ Por ejemplo, en las Conclusiones de 2005 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, relativas a Estonia, p. 188.

artículo 9.2 de la Convención exige a los Estados “promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”.

En el ámbito comunitario, la Comisión viene impulsando de forma reciente diferentes iniciativas para mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad a través de la accesibilidad de las tecnologías de la información y la comunicación. Sobre la base del marco estratégico “i2010” por el que se determinan las orientaciones generales de la sociedad de la información y los medios de comunicación¹⁰⁰⁰, la Comisión se ha referido de forma expresa a la accesibilidad electrónica como medio para lograr la inclusión de las personas con discapacidad¹⁰⁰¹.

También el Consejo ha realizado diferentes propuestas, como por ejemplo la posibilidad de crear una “etiqueta de accesibilidad electrónica”, incluida en su Resolución de 6 de febrero de 2003¹⁰⁰². Otro ejemplo es la Directiva 2007/65 por la que se modifica la Directiva 89/552 sobre “Televisión sin fronteras”¹⁰⁰³. En su artículo 3 *quater*, se obliga a los Estados miembros a alentar a los servicios de comunicación audiovisual para que garanticen que sus servicios sean gradualmente accesibles a las personas con una discapacidad visual o auditiva.

¹⁰⁰⁰ Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo” (COM(2005) 229 final). Véase asimismo la Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEurope - Una sociedad de la información para todos (COM (1999) 687).

¹⁰⁰¹ Véase la la Comunicación de la Comisión, de 13 de septiembre de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La accesibilidad electrónica (COM(2005) 425 final).

¹⁰⁰² Resolución del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre “Accesibilidad electrónica” Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento, *cit.*

¹⁰⁰³ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO N° L 332, de 18 de diciembre de 2007, pp. 27-45).

Sin embargo, estas iniciativas dependen de los esfuerzos voluntarios de los Estados y de la autorregulación de los sectores implicados, puesto que, o bien carecen de fuerza vinculante, o bien contienen obligaciones demasiado vagas. Ya se ha visto en otros apartados como las nuevas tecnologías tienen un potencial enorme para facilitar la autonomía y la participación de las personas con discapacidad. Y aunque el Derecho está empezando a regular las mismas exigiendo que sean accesibles, deberá también indicar, a través de pautas concretas, cómo se materializará dicha accesibilidad, algo que todavía no ha hecho a nivel internacional.

2.3.3.3 ACCESIBILIDAD DEL TRANSPORTE

Donde sí se han realizado avances importantes es en lo relativo a la accesibilidad del transporte. Como se ha dicho, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad exige igualmente que el transporte sea accesible para las personas con discapacidad¹⁰⁰⁴. Idéntica obligación establece el artículo 15.3 de La Carta Social Europea revisada que, como ha precisado el Comité Europeo de Derechos Sociales, se extiende sobre todas las modalidades de transporte público¹⁰⁰⁵.

La importancia del transporte accesible se pone de manifiesto en la línea de acción núm. 7 del Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad (2006-2015):

“La elaboración y la puesta en práctica, a todos los niveles, de políticas de transporte accesibles puede traducirse en una mejora considerable de la calidad de vida de muchas personas con discapacidad y constituir una condición previa a la igualdad de oportunidades, a su autonomía, a su participación activa en la vida social y cultural así como en el empleo”.

Sin embargo, aún cuando las políticas sobre accesibilidad en el transporte son importantes, cuando realmente se han conseguido progresos al respecto es al

¹⁰⁰⁴ Artículo 9.1.

¹⁰⁰⁵ Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, relativas a Italia, p. 299.

reconocer derechos concretos y exigibles ante los tribunales. En este sentido, las competencias atribuidas a las Comunidades Europeas en materia de transportes han permitido que en el ordenamiento jurídico comunitario se hayan tratado de forma específica las dificultades de acceso al transporte que tienen las personas con discapacidad¹⁰⁰⁶.

En lo referido al transporte por carretera, la Directiva 2001/85 regula diversos aspectos de interés para las personas con discapacidad y con movilidad reducida que hacen uso de autobuses o autocares¹⁰⁰⁷. El artículo 3.1 establece la obligación de que los autobuses urbanos sean accesibles para las personas con movilidad reducida, incluidas las personas que usan silla de ruedas. Ello implica que se reserven determinados asientos, que se prevea espacio para un perro guía o que se doten a los autobuses de mecanismos de subida y bajada de sillas de ruedas¹⁰⁰⁸. Asimismo, se regulan en la Directiva otros aspectos, como la iluminación o los dispositivos de comunicación (botón de llamada), para facilitar la accesibilidad de dichos vehículos¹⁰⁰⁹.

Respecto al transporte por ferrocarril, el Reglamento 1371/2007 sobre los derechos y obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril también se refiere de forma específica a los derechos de las personas con discapacidad y

¹⁰⁰⁶ Véase A. R. Sarapas, “Les droits des personnes handicapées dans le domaine des transports européens”, 439 *Revue du Marché commun et de l’Union Européenne* (2000), pp. 395 y ss. así como L. Waddington, “A New Era in Human Rights...”, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹⁰⁰⁷ Directiva 2001/85/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, relativa a las disposiciones especiales aplicables a los vehículos utilizados para el transporte de viajeros con más de ocho plazas, además del asiento del conductor, y por la que se modifican las Directivas 70/156/CEE y 97/27/CE (DO N° L 42, de 13 de febrero de 2002, pp. 1-102).

¹⁰⁰⁸ Anexo VII.

¹⁰⁰⁹ Puede encontrarse un amplio estudio sobre la accesibilidad de los autobuses y las implicaciones de la Directiva 2001/85 en el ordenamiento jurídico español en P. Vega Pindado y F. Alonso López, *La accesibilidad del transporte en autobús: Diagnóstico y soluciones*, Madrid: IMSERSO (MTAS), 2006.

movilidad reducida, dedicando a las mismas su capítulo V¹⁰¹⁰. Si estas personas decidan viajar en tren, no se les podrá denegar la reserva ni la expedición de su billete, que deberán adquirir sin coste adicional¹⁰¹¹. Además, cuando estas personas lo notifiquen deberán recibir la asistencia que requieran tanto para embarcar y desembarcar del tren, como a bordo del mismo, todo ello de forma gratuita¹⁰¹². En cualquier caso, las empresas ferroviarias y los administradores de estaciones deberán garantizar que, tanto las estaciones y las instalaciones como los propios trenes, sean accesibles para las personas con discapacidad o movilidad reducida¹⁰¹³.

Como se vio, es en el transporte aéreo donde con mayor detalle se ha regulado la cuestión del acceso de las personas con discapacidad. Con el propósito de asegurar la igualdad de trato y no discriminación de los pasajeros con discapacidad, el 5 de julio de 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo¹⁰¹⁴.

El Reglamento tiene por objeto establecer las normas de protección y asistencia de las personas con discapacidad o movilidad reducida que utilicen o pretendan utilizar vuelos comerciales de pasajeros que salgan de, transiten por o lleguen a un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro. Como se establece en el mismo, no podrá denegarse el transporte a estas personas alegando su discapacidad o movilidad reducida, excepto en algunos supuestos previstos en el Reglamento¹⁰¹⁵. Asimismo, estas personas tienen derecho a recibir la asistencia

¹⁰¹⁰ Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril (DO N° L 315, de 3 de diciembre de 2007, pp. 14-41).

¹⁰¹¹ Artículo 19.2.

¹⁰¹² Artículos 22 a 24.

¹⁰¹³ Téngase en cuenta que este Reglamento, según se establece en su artículo 37, todavía no ha entrado en vigor. Su entrada en vigor se producirá el 3 de diciembre de 2009, cuando hayan transcurrido dos años desde su publicación en el Diario Oficial.

¹⁰¹⁴ Véase el apartado de esta tesis relativo a dicho Reglamento, pp. 280 y ss.

¹⁰¹⁵ Véase un análisis en profundidad en I. Biel Portero, “Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida...”, *op. cit.*

necesaria para atender sus necesidades particulares, tanto en los aeropuertos como a bordo de los aviones, sin coste adicional alguno¹⁰¹⁶.

A pesar de los avances conseguidos, las actuaciones comunitarias en materia de accesibilidad en el transporte no se agotarán en lo expuesto, pues actualmente se está trabajando sobre sendos Reglamentos en materia de transporte marítimo y transporte internacional de pasajeros en autobús que, previsiblemente, verán la luz en los próximos meses.

En definitiva, el creciente interés por la accesibilidad del entorno se está viendo reflejado en la normativa jurídica internacional, que cada vez regula de forma más decidida dicha cuestión. Es en el marco de la Unión Europea donde mayores avances se están consiguiendo, regulando la accesibilidad de ámbitos concretos a través del reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos. Sin embargo, el potencial de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como base jurídica para tratar esta cuestión de forma integral no debiera ser desaprovechado. Como señala Courtis, el modelo que establece la Convención, en comparación con otros instrumentos convencionales, se caracteriza por el mandato de transformación de entornos, instalaciones, bienes y servicios inaccesibles y excluyentes en entornos, instalaciones, bienes y servicios accesibles e incluyentes, en lo que para el autor podría denominarse *paradigma de la accesibilidad y del diseño universal*¹⁰¹⁷.

2.4 DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud no debe ser entendido como un derecho a estar sano. Es evidente que ni el Derecho ni los Estados pueden garantizar una situación que depende en gran medida de factores externos y ajenos a los mismos. El derecho a la

¹⁰¹⁶ Puede encontrarse otro estudio detallado al respecto en E. Varney, “Social Regulation in the Air Transport Industry...”, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

¹⁰¹⁷ C. Courtis, “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, *op. cit.*, p. 312.

salud, como ha afirmado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprende un conjunto de derechos y libertades dirigidos a posibilitar que cada persona pueda disfrutar del nivel más alto de salud¹⁰¹⁸. Este nivel más alto posible variará según la persona, pues depende tanto de las circunstancias biológicas, sociales y económicas de cada individuo, como de la situación y los recursos de los que dispone cada Estado. En definitiva, el derecho a la salud debe entenderse como el “derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”¹⁰¹⁹.

2.4.1 Salud, rehabilitación y discapacidad

No resulta sencillo encontrar un concepto de salud con el que operar desde el punto de vista jurídico. Ni los tratados de derechos humanos ni los órganos de vigilancia de los mismos han definido dicho término. Un instrumento de referencia es la Constitución de la OMS, en la que, además de reconocer que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, se define la salud como un “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁰²⁰. En este sentido, el derecho a la salud, como se verá, no debe ser entendido como la simple atención de las enfermedades o afecciones, sino que va más allá.

La salud tiene para las personas con discapacidad una especial relevancia. Y no porque la discapacidad sea en sí misma un problema de salud, que no lo es. Ya se ha hablado de forma suficiente del modelo médico de la discapacidad, de la incorrección de sus fundamentos y de los problemas aparejados al mismo. La salud es relevante para la discapacidad porque un problema de salud puede ser tanto

¹⁰¹⁸ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), de 2000, párrafo 8 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 95 y ss.).

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, párrafo 9.

¹⁰²⁰ Principios de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

causa como consecuencia de una discapacidad. El Relator Especial Leandro Despouy puso de manifiesto que la ausencia de sistemas de salud adecuados constituye una de las principales causas de discapacidad¹⁰²¹. Además, la discapacidad también tiene el peligro potencial de crear problemas de salud¹⁰²². Primero, porque este riesgo es mayor en aquellas personas que no tienen acceso a los servicios básicos. Y segundo, porque muchas deficiencias suelen acarrear problemas de salud derivados de aquellas, también conocidos como “condiciones secundarias”.

Históricamente, la rehabilitación de las personas con discapacidad se ha vinculado al derecho a la salud. Sin embargo, la regulación de la rehabilitación en los instrumentos más recientes de derechos humanos ha otorgado a la misma un contenido mucho más amplio. Actualmente, la rehabilitación no se limita a la rehabilitación médica, sino que se extiende sobre otros ámbitos, como el empleo, la educación o los servicios sociales. En este apartado, el análisis del derecho a la rehabilitación se circunscribe a la rehabilitación en el campo de la salud, en tanto la rehabilitación en los demás ámbitos ya ha sido tratada al analizar los respectivos derechos. En cualquier caso, más adelante se volverá a incidir sobre esta cuestión.

2.4.2 Derecho al más alto nivel posible de salud

Como se ha avanzado, el derecho a la salud es el derecho a disponer de establecimientos, bienes y servicios y unas condiciones propicias para el disfrute del más alto grado posible de salud física y mental¹⁰²³. Este derecho exige de los Estados, no sólo asegurar la disponibilidad de esos establecimientos, bienes y servicios, sino el reconocimiento y el respeto de unas determinadas libertades, así

¹⁰²¹ L. Despouy, *op. cit.*, párrafo 162.

¹⁰²² Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, pp. 111 y 112.

¹⁰²³ Así lo reconoció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación general núm. 14, y lo ha reafirmado el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental en su informe anual de 11 de febrero de 2005 (E/CN.4/2005/51), párrafo 32.

como garantizar un conjunto de condiciones socioeconómicas adecuadas para que las personas puedan llevar una vida sana.

Durante muchos años, el derecho a salud pasó casi inadvertido como materia de derechos humanos. Fue a partir de la década de los noventa cuando los instrumentos y los órganos de derechos humanos comenzaron a tratar de forma específica la conexión entre aquellos y la salud, logrando importantes desarrollos concretos¹⁰²⁴. Sin embargo, como ha constatado el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto para millones de personas en todo el mundo¹⁰²⁵. Entre esas personas se encuentran muchas de las que tienen una discapacidad.

Las causas por las que las personas con discapacidad no pueden ejercer de forma satisfactoria su derecho a la salud son de muy diversa naturaleza. El Comité de los Derechos del Niño, en lo relativo a los niños con discapacidad, ha identificado algunas de esas causas¹⁰²⁶. Entre ellas figuran la discriminación, la ausencia de información y de recursos financieros, la inadecuada distribución geográfica, la inaccesibilidad del transporte o de los edificios y servicios de atención a la salud, así como la ausencia de programas específicos dirigidos a las necesidades concretas derivadas de la discapacidad.

2.4.2.1 REGULACIÓN

Con carácter general, el derecho a la salud se regula en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También los tratados específicos han reconocido este derecho, como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o la Convención sobre

¹⁰²⁴ Véase P. Hunt y J. Mesquita, *op. cit.*, pp. 340 y 341.

¹⁰²⁵ Observación general núm. 14, *cit.*, párrafo 5.

¹⁰²⁶ Observación general núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, *cit.*, párrafo 51.

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹⁰²⁷. Entre ellos, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de acceso a los servicios sanitarios y a la atención y tratamiento médico de los niños con discapacidad en los párrafos 3 y 4 de su artículo 23.

De forma específica para las personas con discapacidad, el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad, y obliga a los Estados a adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de estas personas a los servicios de salud. Aún cuando este artículo consagra la naturaleza convencional del derecho a la salud de las personas con discapacidad, este derecho ya había sido regulado en instrumentos específicos de carácter no vinculante.

En el Programa de Acción Mundial para los *Impedidos* se incluía un amplio abanico de medidas relacionadas con la atención de la salud y los servicios sanitarios, si bien estas estaban circunscritas a la prevención de “la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía” y vinculadas al objetivo general de la rehabilitación¹⁰²⁸. En cambio, en las Normas Uniformes sí se diferencia entre atención médica y rehabilitación, y se pide a los Estados que aseguren la prestación de una atención médica eficaz a las personas con discapacidad¹⁰²⁹.

Además, de forma específica para aquellas personas con una discapacidad mental, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental regulan sus derechos y libertades básicos. Entre ellos figura el derecho a la asistencia sanitaria y el tratamiento médico de estas personas, que deberán ser tratadas “con humanidad y con respeto

¹⁰²⁷ En particular, el derecho a la salud se regula en los artículos 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

¹⁰²⁸ Véanse, por ejemplo, los párrafos 95 y ss.

¹⁰²⁹ Artículo 2.

a la dignidad inherente de la persona humana”¹⁰³⁰. Ya se ha visto que algunos de los preceptos de los Principios de 1991 no ofrecen una protección adecuada y coherente con las obligaciones impuestas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. No obstante, ello no impide que en su conjunto resulte provechosa su utilización como guía interpretativa en relación con el derecho a la salud reconocido en los tratados, tal como ha apuntado el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental¹⁰³¹. Sobre todo, porque la salud de las personas con una discapacidad mental sigue siendo un aspecto seriamente desatendido e ignorado¹⁰³².

En el marco jurídico europeo, la falta de reconocimiento expreso del derecho a la salud en el Convenio Europeo de derechos Humanos ha motivado que el Tribunal Europeo no se haya pronunciado con carácter general respecto al mismo. Hemos visto, en cambio, que el Tribunal sí se ha referido tangencialmente a la salud y al tratamiento médico de aquellos pacientes detenidos o internados en instituciones¹⁰³³. Sin embargo, hasta el momento se ha mostrado reacio a establecer obligaciones concretas de los Estados respecto a las condiciones mínimas de los tratamientos y los servicios de salud¹⁰³⁴. Y según entienden Bartlett, Lewis y Thorold, aún cuando resulta incongruente que se reconozcan ciertos derechos relacionados con la salud a aquellas personas privadas de libertad y se nieguen a quienes no lo están, parece poco probable que el Tribunal reconozca un derecho general a la salud en un futuro inmediato¹⁰³⁵.

¹⁰³⁰ Principio 1.

¹⁰³¹ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 11 de febrero de 2005, *cit.*, párrafo 30.

¹⁰³² *Ibid.*, párrafos 6 y 7. Véase asimismo P. Hunt y J. Mesquita, *op. cit.*, pp. 333 y 334.

¹⁰³³ En concreto, en lo relativo a los derechos a la libertad y la seguridad, a la integridad física y mental, o al respeto de la intimidad y la vida personal.

¹⁰³⁴ Véase al respecto L. O. Gostin, “Human Rights of...”, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

¹⁰³⁵ P. Bartlett, O. Lewis y O. Thorold, *op. cit.*, p. 113.

En cambio, el derecho a la salud sí tiene base jurídica en la Carta Social Europea. Tanto la Carta de 1961 como su versión revisada dedican su artículo 11 al derecho a la protección de la salud. También se tratan diversos aspectos relacionados con la salud en otros artículos, como el artículo 3 de ambos textos, que se refiere a la seguridad e higiene en el trabajo. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha ensalzado la importancia del derecho a la salud, afirmando que la atención sanitaria constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana, que es un valor fundamental del Derecho europeo de derechos humanos¹⁰³⁶.

Además, la línea de acción núm. 9 del Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) del Consejo de Europa se refiere a la asistencia sanitaria. En ella se reconoce que las personas con discapacidad “tienen el mismo derecho que los demás miembros de la sociedad a unos servicios sanitarios de calidad y a unos tratamientos y tecnologías apropiados para que su estado de salud sea el mejor posible”¹⁰³⁷.

Como afirmó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho a la salud es un derecho inclusivo que, en definitiva, entraña un conjunto de derechos y libertades¹⁰³⁸. De la regulación internacional del derecho a la salud de las personas con discapacidad podemos identificar cuatro derechos y libertades diferentes: el derecho de acceso a los servicios de salud, el derecho a gozar del nivel más alto de salud sin discriminación, la libertad de control de la salud y la libre disposición del cuerpo, y el derecho a un conjunto de condiciones de carácter socioeconómico vinculadas a la salud.

¹⁰³⁶ Reclamación núm. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) contra Francia. Decisión de 7 de septiembre de 2004, párrafo 31: “*Human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law -whether under the European Social Charter or under the European Convention of Human Rights- and health care is a prerequisite for the preservation of human dignity*”.

¹⁰³⁷ Punto 3.9.1.

¹⁰³⁸ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafos 8 y 11.

2.4.2.2 ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD

El derecho de acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud se reconoce de forma específica en el enunciado del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para hacerlo efectivo, los Estados deberán proporcionar programas y servicios de atención de la salud de la misma variedad y calidad que a las demás personas¹⁰³⁹. Esta obligación de prestar atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad también se establece en el artículo 2.3 de las Normas Uniformes y ha sido reafirmada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁴⁰.

El contenido concreto de estos servicios lo ha detallado el mismo Comité en su Observación general relativa a al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud¹⁰⁴¹. A juicio del Comité, el derecho a los establecimientos, bienes y servicios de salud incluye:

“17. [...] el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental. Otro aspecto importante es la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional”¹⁰⁴².

Además, desde el punto de vista específico de la discapacidad, el derecho a la salud física y mental implica también “el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales —incluidos los aparatos ortopédicos— y a beneficiarse de dichos servicios”,

¹⁰³⁹ Artículo 25.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁰⁴⁰ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 34.

¹⁰⁴¹ Observación general núm. 14, *cit.*

¹⁰⁴² *Ibid.*, párrafo 17.

todo ello con la finalidad de que “las personas con discapacidad puedan ser autónomas, evitar otras discapacidades y promover su integración social”¹⁰⁴³.

Estos servicios, que se prestan dentro del mismo sistema y con igual calidad que a las demás personas, están sujetos a unos requisitos o condiciones. Interesa destacar, en relación con la situación específica de las personas con discapacidad, los relativos a su coste económico y su accesibilidad.

El artículo 25.a) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece que dichos programas y servicios se prestarán de forma gratuita o a precios asequibles. Se sobrentiende que, en cualquier caso, sólo podrá exigirse un precio por el servicio si con carácter general está previsto para cualquier persona con independencia de que tenga o no una discapacidad. En cualquier caso, aún cuando no sean gratuitos, los Estados tienen la obligación de asegurar que estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos¹⁰⁴⁴. El Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado que el coste de estos servicios y programas, o al menos de una parte sustancial de los mismos, deberá ser financiado por los Estados¹⁰⁴⁵.

Además estos servicios deben ser accesibles para cualquier persona, incluidas las personas con discapacidad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha referido a la accesibilidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud en sentido amplio, como un derecho general de acceso¹⁰⁴⁶. No obstante, también ha hecho referencia a la cuestión específica de la accesibilidad

¹⁰⁴³ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 34.

¹⁰⁴⁴ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 12. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité Europeo de Derechos Sociales, por ejemplo, en las Conclusiones XVII-2 de 1998 respecto de la Carta Social Europea, relativas a Portugal, p. 681.

¹⁰⁴⁵ Conclusiones de 1969 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea, Observación interpretativa relativa al artículo 11, pp. 59 y 60.

¹⁰⁴⁶ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 12.

física, señalando que “la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”¹⁰⁴⁷.

Al mismo tiempo, el derecho de acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud implica el derecho a aquellos servicios específicos que puedan necesitar como consecuencia de su discapacidad. En la Convención, el artículo 25.b) se refiere expresamente a la pronta detección e intervención y a los servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades¹⁰⁴⁸.

La pronta detección o detección temprana permite, a través de un diagnóstico lo más precoz posible, aumentar la eficacia del tratamiento o la rehabilitación y, por tanto, prevenir, reducir o eliminar los efectos perjudiciales de una deficiencia. En tanto las discapacidades suelen detectarse bastante tarde en la vida de un niño, el Comité de los Derechos del Niño ha recomendado a los Estados que “establezcan sistemas de detección precoz y de intervención temprana como parte de sus servicios de salud, junto con la inscripción de los nacimientos y los procedimientos para seguir el progreso de los niños diagnosticados con una discapacidad a una edad temprana”, así como precisar el tratamiento y la rehabilitación adecuados, proporcionando todos los dispositivos necesarios que permitan a los niños con discapacidad llegar a todas sus posibilidades funcionales¹⁰⁴⁹.

Además, muchas de las deficiencias en las que tienen su base diversas discapacidades podrían ser evitadas o prevenidas, especialmente aquellas que tienen su origen en enfermedades hereditarias, enfermedades contagiosas, en la mala nutrición o en un medio ambiente peligroso¹⁰⁵⁰. Por ese motivo ya en el Programa de acción Mundial se prestaba una atención individualizada a esta

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*, punto b.ii).

¹⁰⁴⁸ También se hace referencia a los mismos en el artículo 2 de las Normas Uniformes.

¹⁰⁴⁹ Observación general núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, *cit.*, párrafos 56 y 57.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, párrafos 53 y ss.

cuestión. También el punto 22 de las Normas Uniformes se refiere a la prevención de forma específica:

“22. Por prevención se entiende la adopción de medidas encaminadas a impedir que se produzca un deterioro físico, intelectual, psiquiátrico o sensorial (prevención primaria) o a impedir que ese deterioro cause una discapacidad o limitación funcional permanente (prevención secundaria). La prevención puede incluir muchos tipos de acción diferentes, como atención primaria de la salud, puericultura prenatal y posnatal, educación en materia de nutrición, campañas de vacunación contra enfermedades transmisibles, medidas de lucha contra las enfermedades endémicas, normas y programas de seguridad para la prevención de accidentes en diferentes entornos, incluidas la adaptación de los lugares de trabajo para evitar discapacidades y enfermedades profesionales, y prevención de la discapacidad resultante de la contaminación del medio ambiente u ocasionada por los conflictos armados”.

No obstante, para que la prevención, la detección precoz y cualquier otra atención específica que requieran las personas con discapacidad puedan llevarse a cabo de forma efectiva, es fundamental que se prevean programas de capacitación del personal especializado. El artículo 2.4 de las Normas Uniformes establece que los Estados deberían “velar por que todo el personal médico y paramédico esté debidamente capacitado y equipado para prestar asistencia médica a las personas con discapacidad y tenga acceso a tecnologías y métodos de tratamiento pertinentes”. Pero además de capacitar técnicamente a los profesionales de la salud, el artículo 25.d) de la Convención exige que también se les forme y sensibilice respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad.

Asimismo, la normativa jurídica internacional obliga a que, preferiblemente, la asistencia y los servicios médicos se presten en la propia comunidad¹⁰⁵¹. El artículo 25.c) de la Convención exige a los Estados que proporcionen los servicios descritos “lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales”. Como ha señalado el Relator Especial

¹⁰⁵¹ Véase la Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 17.

sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental respecto al tratamiento, la atención y el apoyo dentro de la comunidad, “segregar y aislar de la sociedad a las personas con discapacidad mental es incompatible con el derecho a la salud, así como con el derecho consiguiente a la integración comunitaria, a menos que ello esté justificado por consideraciones objetivas y razonables, tenga fundamento legal y sea objeto de un examen y un fallo independientes.”¹⁰⁵². Con ello se incide nuevamente en el modelo de integración y *desinstitucionalización* de las personas con discapacidad que consagra la Convención, y del que ya se ha hablado, por ejemplo, en relación con el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad.

Por último, en lo que respecta al derecho de acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud, es importante recordar que, como advirtió el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, todos los servicios a los que se ha hecho referencia “deben prestarse de forma que las personas de que se trate puedan conservar el pleno respeto de sus derechos y de su dignidad”¹⁰⁵³.

2.4.2.3 PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN

En segundo lugar, del derecho a la salud deriva el derecho de las personas con discapacidad a gozar del nivel más alto de salud sin discriminación. Como en tantos otros ámbitos, también en la esfera de la salud las personas con discapacidad sufren tratos discriminatorios que menoscaban sus derechos más esenciales. Tomasevski identifica dos tipos de discriminación en el ámbito de la salud: la discriminación *racional* y la *irracional*¹⁰⁵⁴. La discriminación irracional sería aquella basada en prejuicios y estereotipos perjudiciales para las personas con discapacidad, como

¹⁰⁵² Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 11 de febrero de 2005, *cit.*, párrafo 86.

¹⁰⁵³ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 34.

¹⁰⁵⁴ K. Tomasevski, “The right to health for people with disabilities”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 142 y ss.

aquellos que ponen en duda su competencia o los que consideran que estas personas, especialmente en los casos de discapacidad mental, pueden suponer un peligro para la sociedad¹⁰⁵⁵. La discriminación racional, mucho más peligrosa y en ocasiones demasiado sutil, es aquella que basada en criterios economicistas cuestiona la idoneidad del gasto público en aquellas categorías de personas consideradas menos *productivas*¹⁰⁵⁶. Este último tipo de discriminación atenta gravemente contra la dignidad intrínseca de todo ser humano.

A través del artículo 25 de la Convención los Estados reconocen expresamente “que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”. También el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que, aún cuando el Pacto no lo afirme de forma expresa, en virtud de los artículos 2 y 3 del mismo se prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivo de discapacidad¹⁰⁵⁷.

Consecuentemente, los Estados deberán adoptar las estrategias y los programas necesarios para eliminar cualquier discriminación relacionada con la salud¹⁰⁵⁸. Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece una serie de obligaciones que, para tal fin, los Estados deberán exigir a los profesionales de la salud. En primer lugar, estos profesionales tienen la obligación de prestar a las personas con discapacidad una atención de la misma calidad que a las demás personas¹⁰⁵⁹. Y en segundo lugar, no podrán negar, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos

¹⁰⁵⁵ Sobre los mitos en torno a la enfermedad mental véase L. O. Gostin y L. Gable, “Global Mental Health: Changing Norms, Constant Rights”, 9 *Georgetown Journal of International Affairs* (2008), pp. 84 y ss.

¹⁰⁵⁶ Véase K. Tomasevski, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

¹⁰⁵⁷ Observación general núm. 14, *cit.*, párrafo 18.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ Artículo 25.d).

sólidos o líquidos por motivos de discapacidad, teniendo los Estados la obligación de impedirlo¹⁰⁶⁰. Con ello se hace referencia a aquellos supuestos en los que, ante la escasez de medios o de recursos para atender a toda la población, y sobre la base de una discriminación *racional*, se excluye de la atención o del tratamiento a una persona por motivo de su discapacidad¹⁰⁶¹.

Además, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha advertido que, con independencia de que además se puedan estar vulnerando otros derechos, “toda decisión de aislar o segregar a las personas con discapacidad mental, incluido el internamiento innecesario, es por esencia discriminatoria”¹⁰⁶².

El derecho de las personas con discapacidad a no ser objeto de discriminación no se circunscribe únicamente al sector de la salud pública, sino que obliga igualmente a los establecimientos privados que proporcionen servicios de salud¹⁰⁶³. En este sentido, el artículo 25.e) de la Convención exige a los Estados que prohíban “la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional” así como velar “por que esos seguros se presten de manera justa y razonable”.

No debe ser pasado por alto que aún cuando el derecho a la salud, como los demás derechos económicos, sociales y culturales, está sujeto a una aplicación progresiva y condicionada a los recursos disponibles, también derivan del mismo ciertas obligaciones de efecto inmediato. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado expresamente la garantía del ejercicio del derecho

¹⁰⁶⁰ Artículo 25.f).

¹⁰⁶¹ Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁶² Informe del Relator Especial de 11 de febrero de 2005, *cit.*, párrafo 54.

¹⁰⁶³ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 26.

a la salud sin discriminación de ningún tipo como una de esas obligaciones de aplicación inmediata¹⁰⁶⁴.

2.4.2.4 CONTROL DE LA SALUD Y LIBRE DISPOSICIÓN DEL CUERPO: LA IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En tercer lugar, el derecho a la salud entraña el derecho de la persona “a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”¹⁰⁶⁵. Esto es, el derecho a la salud de las personas con discapacidad implica la libertad de control de la salud y la libre disposición de su cuerpo.

Estas libertades, que tampoco están condicionadas a progresividad alguna, protegen a las personas con discapacidad frente a los tratamientos, las intervenciones y los internamientos involuntarios, a los que ya nos hemos referido al analizar los derechos a la libertad y seguridad de la persona y a la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Además, las personas con discapacidad también gozan de estas libertades en el ámbito de la salud sexual y reproductiva¹⁰⁶⁶.

Estrechamente relacionado con la libertad de control de la salud y la libre disposición del cuerpo se encuentra la garantía del consentimiento libre e informado que, según el artículo 25.d) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es la base sobre la que los profesionales de la salud deberán atender a estas personas. El consentimiento informado es el consentimiento obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*, párrafo 30. Véase igualmente el informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 11 de febrero de 2005, *cit.*, párrafos 33 y ss.

¹⁰⁶⁵ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 8.

¹⁰⁶⁶ Véase al respecto el análisis realizado en el apartado relativo al derecho a la vida privada y familiar.

de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, acerca del diagnóstico y su evaluación; el propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto; las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles; y los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto¹⁰⁶⁷.

En principio, no se podrá tratar o intervenir a ningún paciente sin haber obtenido su consentimiento informado. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha especificado que la obligación de respetar el derecho a la salud exige a los Estados que prohíban e impidan los tratamientos médicos coercitivos¹⁰⁶⁸. No obstante, también ha señalado que esta obligación podría ser exceptuada en el tratamiento de las enfermedades mentales, siempre que dicha excepción esté sujeta a unas condiciones específicas y restrictivas. Esas condiciones implican el respeto de las mejores prácticas y normas internacionales aplicables, entre las que el Comité cita de forma particular los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹⁰⁶⁹.

Sin embargo, como ha afirmado el Relator Especial sobre el derecho a la salud, las numerosas restricciones y excepciones de los Principios de 1991 implican que, en la práctica, se prive de casi todo significado a su regulación sobre el consentimiento informado¹⁰⁷⁰. Con ello, y tras la entrada en vigor de la Convención, hay que entender que el instrumento de referencia para interpretar bajo qué

¹⁰⁶⁷ Principio 11 de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental.

¹⁰⁶⁸ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 34.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de 11 de febrero de 2005, *cit.*

condiciones puede intervenir a un paciente sin su consentimiento informado no pueden ser los Principios sobre salud mental, sino la Convención de 2006¹⁰⁷¹.

Para determinar si una norma jurídica de Estado que autoriza un tratamiento o una intervención sin el consentimiento de la persona con discapacidad, o en contra del mismo, es respetuosa con la libertad derivada del derecho a la salud, Minkowitz entiende que deben respetarse dos condiciones¹⁰⁷². En primer lugar, que dicha norma sea de alcance general, no pudiendo tener efectos discriminatorios sobre las personas con discapacidad. Y en segundo lugar, que sea respetuosa con los requisitos exigidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para la limitación del derecho¹⁰⁷³. Esto es, además de ser proporcional y lo menos restrictiva posible, cualquier limitación al derecho a la salud debe estar en consonancia con las normas internacionales de derechos humanos y ser compatible con la naturaleza de los derechos amparados por el Pacto. Y como se ha visto en este y otros apartados, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad difícilmente permite actuar sobre la salud de estas personas ignorando o quebrantando su voluntad. Además, no debe ignorarse que una determinada actuación que no llega a constituir un trato cruel, inhumano o degradante, ni a menoscabar la integridad de la persona, podría en cambio ser contraria a Derecho por vulnerar el derecho a la salud de una persona con discapacidad.

2.4.2.5 OTROS DERECHOS RELACIONADOS CON LA SALUD

Por último, el derecho a la salud ha sido interpretado por el Comité como un derecho inclusivo “que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al

¹⁰⁷¹ En términos similares se pronuncia Tina Minkowitz, que destaca no sólo el carácter vinculante de la Convención, sino el hecho de ofrecer un nivel más alto de protección. T. Minkowitz, *op. cit.*, p. 407.

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 406.

¹⁰⁷³ Observación general núm. 14, *cit.*, párrafos 28 y 29.

agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”¹⁰⁷⁴. Esto se traduce en derechos de los ciudadanos y obligaciones concretas de los Estados, como por ejemplo, abstenerse de contaminar ilegalmente el agua, la atmósfera y la tierra¹⁰⁷⁵.

Mientras que la mayor parte de estas obligaciones son de carácter progresivo y estarán sujetas a la capacidad y los recursos de los que disponga cada Estado, hay otras que por ser consideradas básicas y esenciales deberán ser aseguradas, al menos, en sus niveles esenciales¹⁰⁷⁶. Entre estas obligaciones básicas se encuentra asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima o garantizar el suministro de agua potable¹⁰⁷⁷.

2.4.3 Derecho a la rehabilitación médica

Como ya se ha avanzado, aunque tradicionalmente la rehabilitación se ha vinculado a la esfera de la salud de las personas con discapacidad, su regulación y significación actual es mucho más amplia¹⁰⁷⁸. La definición incluida en las Normas Uniformes da muestra de ello:

“La rehabilitación es un proceso encaminado a lograr que las personas con discapacidad estén en condiciones de alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social, de manera que cuenten con medios para modificar su propia vida y ser más independientes. La rehabilitación puede abarcar medidas para proporcionar o restablecer funciones o para compensar la pérdida o la falta de una función o

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, párrafo 11.

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 34.

¹⁰⁷⁶ Véase al respecto la Observación general núm. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), *cit.*

¹⁰⁷⁷ Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 43.

¹⁰⁷⁸ Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 128.

una limitación funcional. El proceso de rehabilitación no supone la prestación de atención médica preliminar. Abarca una amplia variedad de medidas y actividades, desde la rehabilitación más básica y general hasta las actividades de orientación específica, como por ejemplo la rehabilitación profesional”¹⁰⁷⁹.

Con la intención de no “medicalizar” el concepto de rehabilitación, el Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar el proyecto de texto que sirvió de base para la negociación de la Convención propuso regular el derecho a la salud y la rehabilitación en artículos separados¹⁰⁸⁰. Así, el artículo 26.1 de la Convención obliga a los Estados a organizar, intensificar y ampliar servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, todo ello con la finalidad de que “las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida”.

La rehabilitación supone pues una serie de derechos y medidas que van más allá de la esfera de la salud. Toda vez que ya ha sido analizada su proyección en otros ámbitos, como el laboral o el educativo, nos referiremos ahora al estricto contexto médico.

El hecho de que la rehabilitación médica forma parte del contenido esencial del derecho a la salud plantea pocas dudas al respecto¹⁰⁸¹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que el derecho a los establecimientos, bienes y servicios de salud reconocido en el artículo 12.2 del Pacto “incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación”¹⁰⁸². Asimismo, el Comité ha reconocido de forma expresa que el derecho al disfrute de salud física y mental de las personas

¹⁰⁷⁹ Párrafo 23 de las Norma Uniformes.

¹⁰⁸⁰ Véase la nota al pie de página 74 del anexo I del informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial presentado en 2004 (A/AC.265/2004/WG.1).

¹⁰⁸¹ Al respecto, puede verse N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 112.

¹⁰⁸² Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), *cit.*, párrafo 17.

con discapacidad exige que estas tengan a su disposición servicios de rehabilitación que les permitan lograr el objetivo de “alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad” previsto en el artículo 3 las Normas Uniformes¹⁰⁸³.

Así, el citado artículo 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el único que, con carácter general y vinculante, reconoce explícitamente el derecho a la rehabilitación médica de las personas con discapacidad. Con carácter no vinculante, ya se habían referido al mismo el artículo 3 las Normas Uniformes o el Programa de Acción Mundial, que incluye la rehabilitación como uno de sus objetivos principales. También el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho de los niños con discapacidad a los servicios sanitarios y de rehabilitación.

Resulta novedosa la diferenciación que el artículo 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace entre *habilitación* y *rehabilitación*. La rehabilitación, como se ha visto, es el proceso dirigido a que las personas con discapacidad puedan restablecer las aptitudes y capacidades que les permitan alcanzar y mantener un estado funcional óptimo desde el punto de vista físico, sensorial, intelectual, psíquico o social. Sin embargo, en algunos supuestos no se pueden restablecer esas capacidades, pues nunca antes se han tenido. Son, por ejemplo, los casos de niños con discapacidad congénita. Técnicamente, no podría hablarse de rehabilitación, sino de habilitación, pues implican la adquisición de habilidades que no se poseían previamente¹⁰⁸⁴.

El artículo 26.1 de la Convención detalla las características esenciales que han de cumplir los programas y servicios generales de habilitación y rehabilitación en el

¹⁰⁸³ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 34.

¹⁰⁸⁴ Véase al respecto la nota al pie de página 74 del anexo I del informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial presentado en 2004 (A/AC.265/2004/WG.1). Véase asimismo VV. AA., *Discapacidad. Manual para Parlamentarios, op cit.*, pp 83 y ss.

ámbito de la salud, y que son comunes a los desarrollados en la esfera del empleo, la educación y los servicios sociales.

Por un lado, deberán comenzar en la etapa más temprana posible y estar basados en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona¹⁰⁸⁵. Como consecuencia de esa multidisciplinariedad, estos programas deberán incluir, según se precisa en la Normas Uniformes, “una amplia gama de actividades, como la capacitación básica destinada a mejorar el ejercicio de una función afectada o a compensar dicha función, el asesoramiento a las personas con discapacidad y a sus familias, el fomento de la autonomía y la prestación de servicios ocasionales como evaluación y orientación”¹⁰⁸⁶.

Por otro lado, además de ser voluntarios como todos los servicios relacionados con el derecho al más alto nivel posible de salud, deberán estar a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su comunidad¹⁰⁸⁷. Con ello, no sólo se cuestiona la idoneidad de los servicios de rehabilitación segregada o institucionalizada, sino que además se introduce la posibilidad de iniciar un nuevo modo de concebir la rehabilitación como parte de una estrategia general de desarrollo: la rehabilitación de base comunitaria.

La rehabilitación de base comunitaria, o rehabilitación basada en la comunidad, es una estrategia de desarrollo comunitario para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades y la integración social de todas las personas con discapacidad, impulsada por el esfuerzo conjunto de las propias personas con discapacidad, de sus familias, organizaciones y comunidades, y de los pertinentes servicios de salud, educación, laborales o de carácter social, entre otros¹⁰⁸⁸. Recientemente, y gracias al impulso de diversas organizaciones internacionales y no

¹⁰⁸⁵ Artículo 26.1.a).

¹⁰⁸⁶ Artículo 3.2 de las Norma Uniformes.

¹⁰⁸⁷ Artículo 26.1.b).

¹⁰⁸⁸ Véase OIT, UNESCO y OMS: *CBR: estrategia para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad: documento conjunto de posición*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.

gubernamentales, la rehabilitación basada en la comunidad está cobrando especial importancia en aquellas zonas rurales o más desfavorecidas en las que las personas con discapacidad encuentran enormes dificultades para acceder a los servicios mencionados¹⁰⁸⁹.

Por último, el artículo 26 de la Convención prevé que los Estados promuevan la capacitación del personal que trabaje en los servicios médicos de habilitación y rehabilitación a través de una formación adecuada y continua¹⁰⁹⁰, así como la utilización de los dispositivos y tecnologías de apoyo dirigidos a las personas con discapacidad¹⁰⁹¹, a los que ya nos hemos referido respecto del derecho a la movilidad personal.

2.5 DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad regula conjuntamente en un único artículo el derecho a la seguridad social y el derecho a un nivel de vida adecuado¹⁰⁹². Esto se debe, no sólo a la especial vinculación e interdependencia que existe entre ambos derechos, sino a que los incardina dentro de un concepto más moderno y, sobre todo, más amplio: la protección social.

Sin embargo, los instrumentos de derechos humanos anteriores a la Convención sí diferencian ambos derechos, regulándolos de forma independiente. Así, el derecho a un nivel de vida adecuado está reconocido en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁹³. Por su parte, el derecho a la seguridad social se regula en los artículos 22 de la Declaración

¹⁰⁸⁹ Véase VV. AA., *Discapacidad. Manual para Parlamentarios*, *op cit.*, p. 84.

¹⁰⁹⁰ Artículo 26.2.

¹⁰⁹¹ Artículo 26.3.

¹⁰⁹² Artículo 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹⁰⁹³ Otros instrumentos específicos, como por ejemplo la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 14, también reconocen el derecho a gozar de unas condiciones de vida adecuadas.

Universal de los Derechos Humanos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el marco jurídico europeo, los derechos de protección social se regulan de manera detallada en la Carta Social Europea, así como en su versión revisada. Los artículos 12 a 14 de ambos textos reconocen los derechos a la seguridad social, a la asistencia y a los servicios sociales. Además, en el ámbito comunitario se han desarrollado numerosas iniciativas en materia de sistemas de seguridad y protección social. Pese a que la organización y la financiación de los sistemas de seguridad social son competencia de los Estados, la Unión Europea está trabajando de forma intensa en lo que respecta a la coordinación y modernización de dichos regímenes nacionales de seguridad social.

Aparte del artículo 28 de la Convención sobre las Personas con Discapacidad, otros textos jurídicos se han referido al derecho de las personas con discapacidad a la seguridad social, aunque sin carácter vinculante. Así, por ejemplo, mientras que el Programa de Acción Mundial incluía entre las medidas nacionales el mantenimiento del ingreso económico y las prestaciones de seguridad social¹⁰⁹⁴, el artículo 8 de las Normas Uniformes regula específicamente esta cuestión, reconociendo que son los Estados los responsables de las prestaciones de seguridad social y mantenimiento del ingreso para las personas con discapacidad.

2.5.1 El concepto de protección social

Debido a la diferenciación entre los derechos a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado en la normativa jurídica internacional de derechos humanos, diversos Estados propusieron que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los regulase de forma separada. Sin embargo, el texto presentado por el Grupo de Trabajo los incluía en un único precepto¹⁰⁹⁵. Tras

¹⁰⁹⁴ Párrafos 116 y ss.

¹⁰⁹⁵ Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial presentado en 2004, anexo I, artículo 23 (A/AC.265/2004/WG.1)

examinar la cuestión, se decidió mantener el artículo, introduciendo el concepto de “protección social” que, dada su amplitud, abarcaba ambos derechos¹⁰⁹⁶.

Dicha expresión no es ni mucho menos novedosa en el Derecho internacional. Ya el artículo 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refería a ella¹⁰⁹⁷. No obstante, con los años se ha ido precisando y modernizando su contenido. En el informe del Secretario General *sobre el mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización* se aborda de forma extensa esta cuestión, definiendo la protección social como:

“un conjunto de políticas y programas gubernamentales y privados con los que las sociedades dan respuesta a diversas contingencias a fin de compensar la falta o reducción sustancial de ingresos provenientes del trabajo, brindar asistencia a las familias con hijos y ofrecer atención médica y vivienda a la población”¹⁰⁹⁸.

Con la protección social se pretende satisfacer las necesidades básicas de todas las personas de tal forma que puedan ver respetada su dignidad y ejercer sus derechos humanos. En definitiva, el derecho a la protección social es “el derecho fundamental de las personas a tener acceso a programas efectivos y eficaces que alivien los padecimientos derivados de riesgos sociales tales como las enfermedades, la vejez, el desempleo y la exclusión social, así como a programas que protejan los ingresos de la población proporcionando a ésta seguridad alimentaria, formación profesional, educación suplementaria y viviendas a precios razonables”¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ Véanse el informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su sexto período de sesiones, de 14 de agosto de 2005, párrafo 112 (A/60/266), así como la Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, *cit.*, párrafo 100.

¹⁰⁹⁷ Artículo 23.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

¹⁰⁹⁸ Informe del Secretario General, *El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización*, de 8 de diciembre de 2000, párrafo 6 (E/CN.5/2001/2).

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, párrafo 9.

En consecuencia, tanto el derecho a la seguridad social como los derechos concretos derivados del derecho a un nivel de vida adecuado se enmarcan dentro del concepto amplio del derecho a la protección social. En la línea núm. 11 del Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad (2006-2015) se precisa que “la protección social engloba la seguridad social, la asistencia o la ayuda social y los servicios sociales, que son vitales para las personas que dependen de los mismos, porque contribuyen a su calidad de vida”¹¹⁰⁰. De esta manera, se analizan a continuación las manifestaciones concretas de este derecho.

2.5.2 La protección social como obligación estatal

Es importante realizar ciertas precisiones en cuanto a la naturaleza y fundamento de la protección social. Ya dijimos al hablar del paradigma médico de la discapacidad que una de las respuestas que el Derecho ofrecía a quienes tenían una discapacidad era la articulación de políticas de protección social. Sin embargo, estas políticas tenían una naturaleza meramente asistencial, estando inspiradas en muchas ocasiones en un modelo de beneficencia. El derecho a la protección social que se trata aquí poco tiene que ver con aquellas medidas. La protección social regulada en los instrumentos internacionales de derechos humanos es un auténtico derecho subjetivo, del que es titular cualquier persona por el simple hecho de serlo, y cuya realización — con las limitaciones que implica su naturaleza progresiva — puede ser exigida ante los Estados que se han comprometido a respetarlo, protegerlo y cumplirlo.

A este respecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales ya señaló que el concepto de asistencia social regulado en la Carta rompe con la antigua noción de asistencia vinculada a la caridad, reconociendo un verdadero derecho subjetivo. No se trata — precisa el Comité — de una facultad de los Estados para prestar asistencia

¹¹⁰⁰ Punto 3.11.1.

de forma potestativa y discrecional, sino de una obligación cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales¹¹⁰¹.

2.5.3 Contenido del derecho

El punto de partida a la hora de determinar el contenido concreto del derecho de las personas con discapacidad a la protección social debiera ser el artículo 28 de la Convención. No obstante, debido a la “peculiar” formulación del mismo, esto no es posible sin realizar importantes matices al respecto.

El artículo 28 no está correctamente estructurado y presenta diversas imprecisiones. En primer lugar, además del derecho a la protección social, el precepto reconoce expresamente el derecho a un nivel de vida adecuado. Esto resulta difícil de justificar si tenemos en cuenta que, de acuerdo al concepto amplio de protección social expuesto, el derecho a un nivel de vida adecuado quedaría subsumido dentro de aquél. En segundo lugar, el artículo tampoco es coherente con esta diferenciación. Así, pese a que tradicionalmente el derecho al agua es considerado una manifestación concreta del derecho a un nivel de vida adecuado¹¹⁰², en el artículo 28 se regula como una expresión del derecho a la protección social¹¹⁰³. Algo parecido ocurre con la vivienda, que en la formulación del artículo forma parte de ambos derechos. Y en tercer lugar, además de cierta incoherencia, el precepto presenta importantes omisiones. Por ejemplo, no existe un reconocimiento expreso del derecho a la seguridad social.

¹¹⁰¹ Conclusiones de 1969 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea, Observación interpretativa relativa al artículo 13, pp. 64 y 65: “*An attempt was made, when the Charter was drafted, to break away from the old idea of assistance, which was bound up with the dispensing of charity. The expressions in the Charter reflect a new concept of assistance [...]. The scope of the various provisions in Article 13, however, is even more significant in this respect. First, under Paragraph 1 it is compulsory for those states accepting the article to accord assistance to necessitous persons as of right; the Contracting Parties are no longer merely empowered to grant assistance as they think fit; they are under an obligation, which they may be called on in court to honour*”.

¹¹⁰² Véase al respecto la Observación general núm. 15 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2002 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 117 y ss.).

¹¹⁰³ Artículo 28.2.a) de la Convención.

La causa de esta desacertada regulación reside en la complejidad que caracterizó la negociación y redacción del artículo. Las reticencias de diversos Estados ante la posibilidad de asumir nuevas obligaciones supuso que se centrara la mayor parte del tiempo y el esfuerzo en cuestiones muy concretas, desatendiendo otras, y privando de la atención necesaria a la formulación final del precepto¹¹⁰⁴.

En consecuencia, para precisar el contenido de este derecho creemos necesaria una interpretación integradora, no sólo de la Convención, sino de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, a la luz del ya citado informe del secretario General sobre protección social.

2.5.3.1 ASISTENCIA SOCIAL

Dentro del derecho a la protección social podemos diferenciar dos subcategorías principales¹¹⁰⁵. Por una parte, la asistencia social, entendida como un conjunto de medidas públicas dirigidas a garantizar un nivel de vida adecuado para aquellas personas que, por diversas circunstancias, encuentran dificultades para acceder a niveles mínimos que satisfagan sus necesidades básicas. Por otro lado, el seguro o la seguridad social, que supone la obtención o el mantenimiento de prestaciones sociales, normalmente económicas, para proteger a las personas frente a aquellos riesgos o contingencias que les privan de la capacidad para ejercer plenamente sus derechos¹¹⁰⁶.

El derecho de las personas con discapacidad a una asistencia social que les garantice la satisfacción de sus necesidades básicas y un nivel de vida adecuado incluye los derechos a la alimentación, al agua, al vestido, a la vivienda, y en general,

¹¹⁰⁴ Véase al respecto el comentario del Presidente del Comité Especial en su Carta de fecha 7 de octubre de 2005 dirigida a todos los miembros del Comité, *cit.*, párrafo 100.

¹¹⁰⁵ Informe del Secretario General, El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización, *cit.*, párrafos 7 y 8.

¹¹⁰⁶ Al respecto, véase la Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), de 2007, párrafos 1 y 2 (E/C.12/GC/19).

a la mejora continua de sus necesidades de vida¹¹⁰⁷. La satisfacción de todos estos derechos, al menos en sus niveles básicos, son requisitos indispensables para que las personas con discapacidad puedan ejercer plena y dignamente sus demás derechos humanos.

El derecho a una alimentación adecuada implica la posibilidad de acceder a la misma tanto física como económicamente¹¹⁰⁸. Esta accesibilidad física incluye las necesidades concretas de las personas con discapacidad¹¹⁰⁹; como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si por razones que escapasen a su control, estas fuesen incapaces de realizar este derecho por sí mismas, los Estados tienen la obligación de hacer efectivo este derecho de forma directa¹¹¹⁰. Además, los Estados deberán desarrollar programas y articular medidas para luchar contra el hambre y la malnutrición, garantizando al menos la satisfacción de un nivel mínimo esencial¹¹¹¹.

El derecho al agua es el derecho humano de toda persona “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”¹¹¹². Mientras que el derecho al acceso a los servicios de agua potable se reconoce expresamente en el artículo 28.2 de la Convención, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no incluye referencia alguna al respecto. No obstante, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que la enumeración de derechos que incluye el artículo 11 del Pacto no

¹¹⁰⁷ Artículos 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 28 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹⁰⁸ Observación general núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), de 1999, párrafo 6 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 70 y ss.).

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, párrafo 13.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, párrafo 15.

¹¹¹¹ Artículo 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹¹¹² Observación general núm. 15 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *cit.*, párrafo 3.

pretende ser exhaustiva, y que el derecho al agua es una de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado¹¹¹³.

Otro de los derechos derivados del derecho a la asistencia social es el derecho al vestido. El Comité se ha referido a la situación específica de las personas con discapacidad, reafirmando la importancia que el derecho a disponer de ropa adecuada también reviste para quienes tienen necesidades especiales en materia de ropa para poder desempeñarse plena y eficazmente en la sociedad¹¹¹⁴.

El derecho a una vivienda adecuada, reconocido tanto en la Convención como en el Pacto, no puede ser interpretado en un sentido tan restrictivo como un derecho a vivir bajo un techo, sino más bien como un derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte¹¹¹⁵. Respecto a las personas con discapacidad, los Estados deben tener en consideración sus circunstancias particulares, tanto en lo referido a la asequibilidad como a la accesibilidad de la vivienda¹¹¹⁶. Al mismo tiempo, en el artículo 28.2.d) de la Convención se obliga a los Estados a adoptar las medidas oportunas para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los programas de vivienda pública. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado respecto del artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada, que reconoce un derecho de acceso a la vivienda, que las necesidades de las personas con discapacidad deben ser tenidas en cuenta en la formulación de políticas de vivienda¹¹¹⁷.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 33.

¹¹¹⁵ Observación general núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del pacto), de 1991, párrafo 7 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 21 y ss.).

¹¹¹⁶ Véanse los párrafos 8.e) de la Observación general núm. 4 y 33 de la Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambas citadas.

¹¹¹⁷ Véanse las Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, relativas a Italia, p. 299.

Además, el derecho a la asistencia social, con el fin de cubrir las necesidades básicas de toda persona y asegurar un nivel de vida adecuado, implica un derecho general a la mejora de las condiciones de vida. Un mecanismo para garantizar dicho derecho es la puesta en marcha de programas de protección social y medidas para la reducción de la pobreza, cuyo acceso por parte de las personas con discapacidad garantiza el artículo 28.2.b) de la Convención. Entre otras medidas, los Estados deberán garantizar a estas personas y sus familias que vivan en situaciones de pobreza la asistencia necesaria para sufragar los gastos relacionados con su discapacidad¹¹¹⁸. No hay que pasar por alto que la discapacidad y la pobreza son, recíprocamente, causa y consecuencia la una de la otra. Sin embargo, sólo a partir de tiempos recientes se está comenzando a prestar una atención específica a esta cuestión, acercando cada vez más la discapacidad a las políticas internacionales de desarrollo¹¹¹⁹.

Estos derechos, como los demás derechos económicos, sociales y culturales están sujetos a una realización paulatina, acorde con los recursos de los que pueda disponer cada Estado¹¹²⁰. No obstante, esto no puede servir nunca para justificar la falta de actuación por parte de aquellos, que deberán adoptar medidas concretas para garantizar, al menos, la satisfacción básica de estos derechos. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido una serie de obligaciones de los Estados respecto de las personas con discapacidad que no pueden ser desatendidas, y cuyo cumplimiento tiene efecto inmediato. En primer lugar, los Estados deberán garantizar que el ejercicio de los derechos citados se efectúa sin discriminación alguna por motivo de discapacidad¹¹²¹. En segundo lugar,

¹¹¹⁸ Artículo 28.2.c) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹¹⁹ Un estudio específico sobre esta cuestión puede encontrarse en I. Biel Portero, "Discapacidad, Derecho internacional y ¿cooperación al desarrollo?", *op. cit.*, pp. 135-162.

¹¹²⁰ Véase la Observación general núm. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), de 1990, *cit.*

¹¹²¹ Véase, con carácter general, la Observación general núm. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del

los Estados deberán prestar una especial atención a las personas con discapacidad, lo que implica tener en consideración sus circunstancias particulares, e incluso concederles cierta prioridad o preferencia en la articulación de medidas para garantizar tales derechos¹¹²².

2.5.3.2 SEGURIDAD SOCIAL

El derecho a la protección social incluye también como subcategoría el derecho de las personas con discapacidad a la seguridad social. De hecho, en ocasiones dichos términos se confunden, llegándose a utilizar de forma indistinta. No obstante, esto es técnica y jurídicamente incorrecto. Como ha señalado el Secretario General de Naciones Unidas, la seguridad social es un elemento integral de la protección social, pero no el único¹¹²³.

Como se vio, el derecho a la seguridad social tiene una base jurídica sólida en el Derecho internacional, pues todos los instrumentos generales de derechos humanos que reconocen derechos económicos y sociales lo han regulado de forma expresa.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha definido el derecho a la seguridad social como “el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo

artículo 2 del Pacto), de 1990, *cit.*, párrafo 1, y con carácter específico, la Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafos 15 y ss., o la Observación general núm. 15 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *cit.*, párrafo 13.

¹¹²² Con carácter general para los grupos vulnerables, véase la Observación general núm. 3, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), *cit.*, párrafo 12. Con carácter particular para las personas con discapacidad, véase la Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 9, así como, por ejemplo, la Observación general núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del pacto), *cit.*, párrafo 11.

¹¹²³ Informe del Secretario General, El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización, *cit.*, párrafos 7 y 8.

debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”¹¹²⁴.

Este derecho, que contribuye de forma importante a reducir o mitigar la pobreza, prevenir la exclusión y promover la integración social, puede articularse a través de muy diversas medidas, que suelen consistir en planes contributivos, no contributivos, e incluso en planes privados o mecanismos de autoayuda¹¹²⁵. En cualquier caso, los tratados de derechos humanos no imponen un modelo determinado, siendo los Estados los que determinarán qué sistema concreto de seguridad social desarrollarán. No obstante, la jurisprudencia internacional ha puesto de manifiesto la existencia de unas características o requisitos mínimos que cualquier sistema de seguridad social debiera respetar¹¹²⁶.

No es este el lugar de analizar dichos requisitos ni las obligaciones fundamentales de los Estados respecto a la articulación de los sistemas nacionales de seguridad social. Nos detendremos, sin embargo, en aquellos aspectos del derecho a la seguridad social que resulten de relevancia para las personas con discapacidad.

A la hora de determinar las contingencias que deben quedar cubiertas en los sistemas nacionales de seguridad social, los órganos de vigilancia de los tratados han tomado como referencia las enumeradas en el Convenio de la OIT relativo a la norma mínima de la seguridad social de 1952¹¹²⁷ y el Código Europeo de la

¹¹²⁴ Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), *cit.*, párrafo 2.

¹¹²⁵ *Ibid.*, párrafos 3-5.

¹¹²⁶ Véanse, por ejemplo, los párrafos 10 y ss. de la Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, *cit.*, así como las Observaciones interpretativas del Comité Europeo de Derechos Sociales relativas al artículo 12 de la Carta Social Europea en sus Conclusiones XIII-4 de 1996, pp. 35 y ss. y XVI-1 de 2003, p. 10.

¹¹²⁷ Convenio núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 28 de junio de 1952, y en vigor desde el 27 de abril de 1955.

Seguridad Social, adoptado en el seno del Consejo de Europa¹¹²⁸. En ambos textos se incluye la invalidez, entendida como incapacidad para ejercer una actividad profesional, como situación que da derecho a una prestación¹¹²⁹.

Aún cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha equiparado la invalidez a la discapacidad, ambos términos no son ni mucho menos equivalentes¹¹³⁰. Aunque ya se ha hablado suficientemente al respecto, conviene reiterar que ni toda incapacidad para trabajar implica necesariamente una discapacidad, ni toda discapacidad implica incapacidad para desempeñar un trabajo. Tal como se señala en la Normas Uniformes, esta prestación debiera tener lugar cuando debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, una persona haya perdido temporalmente sus ingresos, reciba un ingreso reducido o se haya visto privada de oportunidades de empleo¹¹³¹.

Es evidente que las personas con discapacidad tienen derecho a las mismas prestaciones y por las mismas situaciones que las demás personas. No obstante, aunque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a gozar de la protección social sin discriminación, únicamente se refiere de forma expresa al acceso a los programas y beneficios de jubilación¹¹³². En cualquier caso, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la seguridad social sin discriminación alguna, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de discapacidad¹¹³³.

¹¹²⁸ Código Europeo de la Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964, y en vigor desde el 17 de marzo de 1968.

¹¹²⁹ Véanse los artículos 53 y ss. de ambos textos.

¹¹³⁰ Véase el párrafo 20 de la Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), *cit.*

¹¹³¹ Artículo 8 de las Normas Uniformes.

¹¹³² Artículo 28.2.e).

¹¹³³ Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), *cit.*, párrafo 29. Si bien el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha referido a la igualdad y no discriminación por razón de género o nacionalidad en lo relativo al

Por este motivo, el ingreso de una persona con discapacidad en una institución, además de tener carácter excepcional y estar limitado a supuestos muy determinados, nunca podrá ser considerado como un sustitutivo de los derechos a la seguridad social y al mantenimiento de sus ingresos¹¹³⁴.

Pero además, los Estados deben tener en consideración la situación particular de las personas con discapacidad en sus sistemas de seguridad social. En primer lugar, la accesibilidad física de los servicios de seguridad social debe estar garantizada para estas personas, con la finalidad de que puedan obtener sus prestaciones, la información que precisen, y realizar las cotizaciones cuando les corresponda¹¹³⁵. Y en segundo lugar, las prestaciones que perciban deben reflejar sus necesidades especiales de asistencia y los gastos que suele conllevar la discapacidad, debiendo ser extensibles a aquellas personas que se encargan de su cuidado¹¹³⁶.

Como tal, el derecho a la seguridad social, y la protección social en su conjunto, son básicos para mejorar la calidad de vida y la promover la integración real en la comunidad, pero no puede ser la única respuesta que los estados proporcionen a las personas con discapacidad. Son sólo un elemento más que, como recuerda Parker, no elimina por sí mismo las múltiples y complejas barreras a las que se enfrentan estas personas¹¹³⁷.

derecho a la seguridad social, todavía no se ha pronunciado de forma expresa respecto a las personas con discapacidad.

¹¹³⁴ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 29.

¹¹³⁵ Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), *cit.*, párrafo 27.

¹¹³⁶ *Ibid.*, párrafo 20 y Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 28.

¹¹³⁷ S. Parker, "International Justice: the United Nations, Human Rights and Disability", 22 (1) *Journal of Comparative Social Welfare* (2006), p. 70.

2.6 DERECHO AL OCIO

El último derecho de los analizados en esta tesis es el derecho de las personas con discapacidad al ocio. Aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos no se han referido al ocio de forma expresa, sí lo han regulado a través de sus múltiples manifestaciones, como la cultura, el turismo, la recreación o el deporte.

2.6.1 Concepto de ocio

Para comprender la naturaleza de estos derechos, es necesario definir qué debe entenderse por ocio¹¹³⁸. Siguiendo el concepto propuesto por Cuenca Cabeza, el ocio, además de un derecho humano fundamental, es una experiencia humana integral, una “acción interna o externa que, partiendo de una determinada actitud ante el objeto de la acción, descansa en tres pilares esenciales: percepción de elección libre, autotelitismo y sensación gratificante”¹¹³⁹. Así, el ocio es una acción, una actividad, que puede ser física, pero también intelectual o espiritual. Por tanto, no puede entenderse por ocio la inactividad o la simple contraposición al trabajo. Además, el ocio exige una actitud por parte de la persona de la actividad que realiza y lo que ello le implica. Esa actividad debe ser, en primer lugar, voluntaria. La persona ha de poder elegir libremente la actividad que desea realizar, sin que ésta pueda estar sujeta a obligatoriedad externa. En segundo lugar, el ocio debe ser autotélico, esto es, debe ser un fin en sí mismo y no un medio o instrumento para conseguir otros fines¹¹⁴⁰. En principio, esto excluiría del concepto diversas

¹¹³⁸ En este sentido resultan de suma utilidad las aportaciones científicas que desde hace años se vienen realizando desde el Instituto de Estudios de Ocio de la Universidad de Deusto, tanto en el marco general del ocio, como en el ámbito específico de las personas con discapacidad.

¹¹³⁹ M. Cuenca Cabeza, *Temas de Pedagogía del Ocio*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1995, p. 59. Del mismo autor, véanse *Pedagogía del Ocio: Modelos Y Propuestas*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 30 y ss., así como “El ocio desde la dimensión solidaria. Estudio de un grupo de jóvenes universitarios”, en Y. Lázaro Fernández, *Ocio, Inclusión y Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 22 y ss.

¹¹⁴⁰ Véase al respecto M. Cuenca Cabeza (coord.), *Aproximación Multidisciplinar a los Estudios de Ocio*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 16 y 17.

actividades, como por ejemplo, el deporte dirigido a la rehabilitación, donde la finalidad última no es el deporte. Y en tercer lugar, el ocio se caracteriza por provocar en la persona una sensación gratificante o de disfrute, y en definitiva, constituir una experiencia valiosa.

Con palabras más cotidianas, Setién Santamaría entiende que existe ocio “cuando una persona elige voluntariamente hacer alguna actividad que puede ser visible o también mental, simplemente por el hecho que le apetece hacerla, y cuya realización le produce una sensación de bienestar, de contento, de satisfacción, de alegría o de relajación, es decir, algún sentimiento gratificante”¹¹⁴¹.

2.6.2 Regulación

Como hemos avanzado, la ciencia jurídica rara vez ha regulado el ocio como tal, sino que ha diferenciado entre los principales ámbitos a través de los cuales aquél se manifiesta: la cultura, el deporte y el turismo¹¹⁴². No obstante, la diferenciación entre estos ámbitos o ramas del ocio es cada vez más difusa, puesto que en las sociedades avanzadas la conexión e interrelación entre las mismas es cada vez más fuerte y creciente¹¹⁴³.

Al examinar cómo los instrumentos de derechos humanos se han referido al ocio y a los derechos derivados del mismo, podemos constatar que estos derechos no han sido desarrollados de la misma forma ni con el mismo ímpetu que otros¹¹⁴⁴. Como señalan Gorbeña, González y Lázaro, aunque la dura realidad por la que atraviesan millones de personas obligue a priorizar la exigencia de algunos derechos

¹¹⁴¹ M. L., Setién Santamaría, (coord.), *Ocio, calidad de vida y discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2000, p. 39.

¹¹⁴² S. Gorbeña (y otros), *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁴³ M. Álvarez Alday, “Economía del Ocio”, en M. Cuenca Cabeza (coord.), *Aproximación Multidisciplinar a...*, *op. cit.*, p. 30.

¹¹⁴⁴ Véase N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 180.

frente a otros, ello no implica que los derechos derivados del derecho al ocio no deban ser reconocidos o que no se deba avanzar en su progresiva realización¹¹⁴⁵.

En el marco jurídico internacional general, primero la Declaración Universal de los Derechos Humanos y posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales regularon diversos aspectos relativos al derecho al ocio. El artículo 24 de la Declaración reconoce el derecho de toda persona al descanso y al disfrute del tiempo libre, si bien lo hace en un sentido más próximo a la limitación del trabajo que al concepto de ocio descrito. Además, en el artículo 27 se regula el derecho a participar libremente en la vida cultural de la comunidad. Por su parte, los artículos 7 y 15 del Pacto reafirman, aunque de forma escueta, tanto el derecho al descanso y el disfrute del tiempo libre en el contexto del derecho al trabajo, como el derecho a participar en la vida cultural.

Hasta tiempos relativamente recientes no se incluyeron en los tratados de derechos humanos referencias al turismo, el esparcimiento o el deporte. Las primeras referencias las encontramos en los tratados específicos relativos a la mujer y a la infancia. El artículo 13.c) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer reconoce el derecho de las mujeres a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultural. Por su parte, el artículo 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño regula el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

En el ámbito específico de la discapacidad, el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra el derecho de estas personas al ocio al reconocer su derecho a participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. La Convención regula de forma separada, por un lado, la participación en la vida cultural, y por otro, el

¹¹⁴⁵ S. Gorbeña (y otros), *op. cit.*, p. 57.

deporte, las actividades recreativas y el esparcimiento, incluyendo entre estos conceptos las actividades turísticas.

Con carácter no vinculante, ya en el Programa de Acción Mundial se habían incluido importantes referencias al recreo, la cultura y los deportes entre las medidas nacionales propuestas para la ejecución del mismo¹¹⁴⁶. Asimismo, las Normas Uniformes prestaban una especial atención al ocio de las personas con discapacidad al dedicar dos de sus artículos a la cultura artículo 10 y a las actividades recreativas y deportivas artículo 11 .

En el marco jurídico europeo, el ya mencionado artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada obliga a los Estados, con la finalidad de promover la plena integración y participación de las personas con discapacidad, a aplicar medidas que, en particular, les permitan superar las barreras en la cultura y el ocio¹¹⁴⁷. Además, en la línea núm. 2 del Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad (2006-2015), dedicada a la vida cultural de las personas con discapacidad, se reconoce su derecho a participar en las actividades culturales, recreativas, deportivas y turísticas.

2.6.3 El derecho a participar en las actividades de ocio

Podemos afirmar que las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho al ocio cuando en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se explicita su derecho a participar en la vida cultural, en las actividades recreativas, deportivas y de esparcimiento, todo ello en igualdad de condiciones con los demás. A tal fin, los Estados deberán adoptar todas las

¹¹⁴⁶ Párrafos 134 y ss. del Programa.

¹¹⁴⁷ Artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada: “*With a view to ensuring to persons with disabilities, irrespective of age and the nature and origin of their disabilities, the effective exercise of the right to independence, social integration and participation in the life of the community, the Parties undertake, in particular: [...] 3. to promote their full social integration and participation in the life of the community in particular through measures, including technical aids, aiming to overcome barriers to communication and mobility and enabling access to transport, housing, cultural activities and leisure*”.

medidas pertinentes. Esta participación implica, principalmente, que el acceso a dichos ámbitos debiera estar garantizado.

Este derecho de acceso viene referido, en primer lugar, al entorno físico. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reafirmado lo dispuesto en el artículo 10 de las Normas Uniformes, que exige a los Estados promover el acceso de las personas con discapacidad a los lugares en que se realicen actos culturales, precisando que lo mismo se aplica a los lugares de recreo, deporte y turismo¹¹⁴⁸. Estos lugares incluyen, a título ejemplificativo, los teatros, museos, cines, bibliotecas y servicios turísticos, los monumentos y lugares de importancia cultural nacional, así como las instalaciones deportivas, recreativas y turísticas, como los hoteles, playas, estadios deportivos o gimnasios¹¹⁴⁹.

En sentido similar se ha pronunciado el Comité Europeo de Derechos Sociales al afirmar que el artículo 15.3 de la Carta Social Europea revisada exige a los Estados la adopción de medidas dirigidas a eliminar las barreras a la movilidad y la comunicación que posibiliten el acceso de las personas con discapacidad a la cultura y el ocio, como las ayudas técnicas y los servicios de apoyo¹¹⁵⁰.

Pero como ya hemos descrito anteriormente, la garantía de acceso no sólo se limita al entorno físico. El derecho de acceso que deriva del derecho a participar en las actividades de ocio tiene otras muchas implicaciones, que varían dependiendo del ámbito concreto del que se trate. A continuación diferenciamos entre la participación en la vida cultural, en el deporte, y en aquellas otras actividades recreativas, incluido el turismo.

¹¹⁴⁸ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 36.

¹¹⁴⁹ Artículos 30.1.c) y 30.5.c) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad y 11.1 de las Normas Uniformes.

¹¹⁵⁰ Véanse las Conclusiones de 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada, Observación interpretativa relativa al artículo 15.3, párrafo 9.

2.6.3.1 CULTURA

El artículo 30.1 de la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a participar, en condiciones de igualdad, en la vida cultural. No resulta sencillo definir el término “vida cultural”, ni mucho menos el de “cultura”¹¹⁵¹. Los tratados de derechos humanos han omitido cualquier conceptualización del mismo, y los órganos de vigilancia de los mismos tampoco han contribuido a arrojar luz al asunto. Como consecuencia de ello, el concepto de cultura que habitualmente se utiliza en el Derecho internacional de los Derechos Humanos es un concepto amplio y difuso, que abarca aspectos tan dispersos como la creatividad artística, la identidad y el patrimonio culturales, o los derechos de propiedad intelectual.

A modo de aproximación, podemos partir del concepto de cultura incluido en la Declaración de México sobre las Políticas Culturales, adoptada en la Conferencia Mundial de la UNESCO sobre las Políticas Culturales de 1982¹¹⁵². El amplio número de Estados participantes en la Conferencia convino en afirmar que:

“[...] en su sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales al ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”¹¹⁵³.

Pero más allá de este vasto concepto, nos centraremos en identificar los derechos concretos que en relación con la cultura se reconocen, principalmente, en el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este artículo desarrolla, en gran medida, las líneas básicas enunciadas en las Normas Uniformes.

¹¹⁵¹ Véase al respecto S. Marks y A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Nueva York: Oxford University Press, 2005, pp. 33 y ss.

¹¹⁵² Declaración de México sobre las Políticas Culturales, adoptada el 6 de agosto de 1982 en la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales, auspiciada por la UNESCO y celebrada en México D.F.

¹¹⁵³ *Ibid.*, Preámbulo.

En primer lugar, el derecho a participar en la vida cultural implica la garantía de acceso a la misma. Como hemos señalado, este derecho se refiere, no sólo a los entornos y lugares donde se lleven a cabo las actividades culturales, sino también al formato de los materiales y los servicios. El material cultural, así como los programas de televisión, las películas, el teatro o cualquier otra actividad cultural deberán ofrecerse a las personas con discapacidad en formatos accesibles¹¹⁵⁴. Ello se puede lograr, por ejemplo, a través de la utilización de las nuevas tecnologías, o, como se señala en las Normas Uniformes, mediante el desarrollo y la utilización de medios técnicos especiales¹¹⁵⁵. Estos medios u formatos incluyen, entre otros, los subtítulos, la autodescripción o el lenguaje de signos¹¹⁵⁶.

Para contribuir al acceso de las personas con discapacidad a los materiales y actividades culturales, el artículo 30.3 de la Convención exige a los Estados que aseguren que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria¹¹⁵⁷. No debe desconocerse que ciertas normativas nacionales pueden dificultar significativamente la transcripción de determinados materiales a lenguajes alternativos, como puede ser el Braille.

Además, la participación en la vida cultural también puede desarrollarse de forma activa. En este sentido, los Estados deberán adoptar aquellas medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan desarrollar y utilizar su potencial creativo, artístico e intelectual¹¹⁵⁸. Tanto en la Convención como en las

¹¹⁵⁴ Artículo 30.1.a) y b) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹⁵⁵ Artículo 10.3 de las Normas Uniformes.

¹¹⁵⁶ Punto 3.2.3.iii de la línea de acción núm. 2 del Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad (2006-2015).

¹¹⁵⁷ Con respecto a las limitaciones del derecho a la protección de los intereses morales y materiales que corresponden por razón de las propias producciones científicas, literarias o artísticas, véase la Observación general núm. 17, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), de 2005, párrafos 22 y ss. (HRI/GEN/1/Rev.9, pp. 148 y ss.).

¹¹⁵⁸ Artículo 30.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Normas Uniformes se incide en que a través del desarrollo de este potencial no sólo se beneficia y enriquece la propia persona, sino la sociedad en su conjunto.

Como parte activa de la vida cultural, las personas con discapacidad tienen asimismo el derecho al reconocimiento y el apoyo de su identidad cultural y lingüística específica, lo que incluye la lengua de señas y la cultura de los sordos¹¹⁵⁹. Este reconocimiento ha sido calificado por la doctrina como un gran avance en materia de derechos humanos, pues supone el contrapunto a la discriminación que estas personas han sufrido, y siguen sufriendo, al utilizar, por ejemplo, formas de comunicación diferentes a las habituales¹¹⁶⁰.

2.6.3.2 DEPORTE

Respecto a las actividades deportivas, las personas con discapacidad tienen reconocido el derecho a participar en condiciones de igualdad con los demás¹¹⁶¹. Para ello los Estados deben promover la participación de estas personas en las actividades deportivas generales, esto es, alentar la posibilidad de participar o competir con aquellas personas que no tengan discapacidad¹¹⁶².

No obstante, como se advierte en el artículo 11.3 de las Normas Uniformes, en determinados casos se precisarán arreglos o juegos especiales para que estas personas puedan practicar una determinada actividad deportiva. En estos supuestos, el artículo 30.5.b) exige a los Estados que aseguren que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de organizar, desarrollar y participar en actividades deportivas y recreativas específicas, procurando que se les ofrezca la instrucción, la formación y los recursos adecuados para ello.

¹¹⁵⁹ Artículo 30.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹⁶⁰ N. Flowers (ed.), *op. cit.*, p. 183. Como ya se vio, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ya manifestó a través de su Recomendación 1598 (2003), relativa al lenguaje de signos, la importancia de dicho lenguaje, considerado por la Asamblea como una expresión de la riqueza cultural europea.

¹¹⁶¹ Artículo 30.5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

¹¹⁶² *Ibid.*, letra a).

El Comité de los Derechos del Niño, consciente de que las exigencias físicas de las actividades deportivas pueden afectar a los niños con discapacidad limitando sus posibilidades de competir de forma equitativa y segura, ha defendido la necesidad de crear juegos y actividades de naturaleza exclusiva¹¹⁶³. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prevé expresamente en su artículo 30.5.d) la necesidad de que los niños y las niñas con discapacidad tengan igual acceso con los demás niños y niñas a la participación en actividades lúdicas, recreativas, de esparcimiento y deportivas. Debe tenerse en cuenta que estas actividades, por encima de su consideración como ocio, son, además de una de las mejores fuentes de aprendizaje durante la infancia, tanto un medio de expresión como un medio para realizar una vida satisfactoria y de calidad¹¹⁶⁴.

2.6.3.3 OTRAS ACTIVIDADES DE OCIO

Finalmente, el artículo 30.5 de la Convención reconoce de la misma forma el derecho de las personas con discapacidad a participar en condiciones de igualdad en otras actividades recreativas, turísticas y de esparcimiento. Ello implica, tanto el acceso a las instalaciones donde se realicen o practiquen estas actividades, como a los servicios propios de las mismas¹¹⁶⁵. Para facilitar su participación debiera impartirse formación adecuada y ofrecer servicios de capacitación sobre las necesidades especiales de las personas con discapacidad a las autoridades turísticas,

¹¹⁶³ Observación general núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, *cit.*, párrafo 72. Asimismo, el Comité solicita en su Observación que los medios de comunicación ejerzan de forma responsable su función, prestando a estos eventos la misma atención que se presta a los deportes de los niños sin discapacidad. Este llamamiento resulta, cuanto menos, sugerente. No hay que olvidar que, por ejemplo, Televisión Española no acordó hasta el último momento televisar íntegramente los Juegos Paralímpicos de Pekín 2008, pues como manifestó el presidente de la Corporación RTVE en sendas cartas dirigidas al Comité Paralímpico Español y al CERMI, la difusión del evento afectaría al equilibrio presupuestario de la corporación (*El País*, jueves 24 de julio de 2008, p. 40). Finalmente, gracias a las críticas y a la enorme presión mediática que suscitó dicha decisión, Televisión Española acordó realizar un seguimiento íntegro a dichos Juegos, de forma acorde con el realizado en anteriores ediciones (*El País*, viernes 25 de julio de 2008, p. 41).

¹¹⁶⁴ Observación general núm. 9 del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, *cit.*, párrafos 70 y 71.

¹¹⁶⁵ Artículo 30.5.c) y e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

las agencias de viaje, los hoteles, las organizaciones voluntarias y otras entidades que participen en la organización de actividades recreativas o de viajes turísticos¹¹⁶⁶. Además, como se señala en el Plan de Acción del Consejo de Europa (2006-2015), los Estados podrían potenciar este derecho incitando a los prestadores de servicios a hacer accesibles sus locales y servicios, por todos los medios que se revelen necesarios¹¹⁶⁷.

Accesoriamente, los Estados pueden desempeñar una importante función para la promoción y concienciación social en torno a estos derechos. Como ha señalado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“Con objeto de facilitar la igualdad de participación de las personas con discapacidad en la vida cultural, los gobiernos deberían informar y educar al público en general acerca de la discapacidad. En particular, hay que adoptar medidas para superar los prejuicios o las creencias supersticiosas contra las personas con discapacidad; por ejemplo, el caso de los que consideran que una persona epiléptica está poseída por los espíritus o que un niño con discapacidad está sufriendo una forma de castigo impuesta a toda su familia. De manera análoga, debería educarse al público en general para que aceptase que las personas con discapacidad tienen tanto derecho como los demás a hacer uso de restaurantes, hoteles, centros recreativos y centros culturales¹¹⁶⁸”.

Así, progresivamente, existe un mayor y mejor reconocimiento del derecho al ocio de las personas con discapacidad. Un derecho que, como dijimos, no sólo es un fin en sí mismo y valioso *per se*. Como advierten Quinn y Degener, el derecho al ocio, y en particular el acceso a la cultura, permite a las personas con discapacidad, como partícipes de la misma, influir en el modo en que se las percibe y representa¹¹⁶⁹. Con ello se logra una mayor *visibilidad*, proyectando una imagen que contribuya a desterrar los viejos estereotipos y prejuicios que todavía perduran, y mostrándose

¹¹⁶⁶ Artículo 11.2 de las Normas Uniformes.

¹¹⁶⁷ Punto 3.2.3.vi de la línea de acción núm. 2 del Plan de Acción del Consejo de Europa para las personas con discapacidad (2006-2015).

¹¹⁶⁸ Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, *cit.*, párrafo 38.

¹¹⁶⁹ G. Quinn y T. Degener, *Derechos humanos... op. cit.*, p. 78.

como lo que son: personas con los mismos derechos y dignidad que cualquier integrante de nuestra sociedad.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta tesis hemos ido llegando a diversas conclusiones. De todas ellas, pretendemos destacar aquí las que entendemos más relevantes a los efectos de nuestra investigación.

I. El modo de concebir la discapacidad ha determinado la respuesta que la sociedad ofrece a aquella, y consecuentemente, la forma en que el Derecho la ha regulado. Desde un modelo individual de la discapacidad, basado en las limitaciones funcionales de la persona, se ha evolucionado hacia un modelo social de la misma, que concibe la discapacidad como una creación del entorno, resultado de la interacción de la persona con las estructuras sociales. La aceptación del modelo social implica separar el problema de la discapacidad de las circunstancias médicas de cada individuo para enfocarlo en las circunstancias sociales y del entorno que le rodean. Por tanto, como causante de su marginación y su exclusión, la sociedad debe ser responsable de adaptar sus estructuras a las personas con discapacidad, quienes han de ser consideradas como sujetos, y no como meros objetos de protección.

Este cambio de modelo se ha visto reflejado en el Derecho, y especialmente en el Derecho internacional. Desde la últimas décadas, las principales organizaciones internacionales, guiadas por los trabajos de Naciones Unidas, han dedicado parte de sus esfuerzos a proteger y promover los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Actualmente, podemos afirmar la existencia de una verdadera perspectiva de derechos humanos de la discapacidad.

II. Desde un punto de vista estrictamente teórico, las personas con discapacidad son titulares de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ser humano, por lo que no debiera ser necesario articular un reconocimiento y una protección específica de los mismos. No obstante, las barreras sociales, políticas,

jurídicas, culturales y económicas impuestas por la sociedad hacen que estas personas encuentren especiales dificultades para poder ejercer esos derechos que, además, les son negados o violados con mayor frecuencia que a las demás personas. Más que un grupo hipotéticamente vulnerable, las personas con discapacidad constituyen un grupo sistemáticamente vulnerado en sus derechos humanos.

Pese a esta realidad, los tratados de derechos humanos apenas han tenido en consideración a las personas con discapacidad, salvo en contadas ocasiones. Además, la ausencia de un instrumento específico de naturaleza vinculante dirigido a ofrecer una protección cualificada de sus derechos, les ha ocasionado una desventaja legal respecto a otros grupos de personas, dificultando aún más el respeto y el ejercicio de los mismos. Este abandono se ha extendido sobre los órganos de vigilancia de los derechos humanos, quienes sólo a partir de etapas recientes han comenzado, al ejercer sus funciones, a tener en consideración la especificidad de quienes tienen una discapacidad.

Conscientes de esta situación, las diversas organizaciones con competencias al respecto comenzaron a prestar una atención específica a las personas con discapacidad, principalmente a través de la adopción de diversos instrumentos no vinculantes, más orientados a la promoción que a la protección de sus derechos humanos. Tras un análisis histórico de sus actuaciones, se puede apreciar con relativa nitidez el tránsito desde el modelo individual hacia el modelo social de la discapacidad, y su actual configuración como *cuestión* de derechos humanos. Este proceso se ha visto enriquecido y reforzado por las sinergias generadas entre dichas organizaciones.

III. En el marco jurídico universal, aún cuando las Naciones Unidas se interesaron por determinados aspectos relacionados con la discapacidad prácticamente desde su origen, sólo a partir de la década de los setenta comenzaron el proceso de especificación de los derechos humanos por razón de la misma. No

obstante, siempre que lo hicieron fue a través de instrumentos sin valor jurídico vinculante, cuya efectividad era más simbólica que real.

Fue la evolución en la concepción social de la discapacidad la que motivó la aparición de nuevas normas que, sucediéndose unas a otras desde un punto de vista material, fueron ofreciendo cada vez mejor respuesta jurídica a la discapacidad. Así, por ejemplo, las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad* de 1993 se convirtieron en referencia internacional para la protección de los derechos de estas personas. Además, en diversas ocasiones esta producción jurídica se vio acompañada de iniciativas de naturaleza promocional, que han contribuido a dotar de visibilidad a los trabajos de la Organización y, por supuesto, a las propias personas con discapacidad.

Sin embargo, la ausencia de un tratado específico sobre discapacidad limitaba enormemente la efectividad de los derechos en los que las Naciones Unidas venían trabajando con creciente intensidad. Por ese motivo, la adopción y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye uno de los acontecimientos más importantes de cuantos han tenido lugar en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Por otra parte, también algunas organizaciones y organismos integrantes del sistema de Naciones Unidas han trabajado de forma específica al respecto. La OIT, que ha incluido a las personas con discapacidad en sus regulaciones ya desde la primera mitad del siglo pasado, ha prestado una atención especial a su readaptación profesional. Como consecuencia de la misma, la Organización adoptó en 1983 el Convenio 159 sobre *la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas*, que fue el primer y durante un tiempo, el único tratado internacional específicamente dirigido a promover y proteger los derechos de estas personas. También para otras organizaciones, como la Organización Mundial de la Salud o la UNESCO la discapacidad ha ocupado un lugar destacado en sus programas de trabajo, sobre todo en el ámbito de la cooperación técnica.

IV. En el marco jurídico europeo, el Consejo de Europa ha desarrollado una labor continua en aras de una mejor protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. Los tratados europeos de derechos humanos se han referido de forma dispar a estas personas. Así, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo no se reconocen derechos específicos por razón de discapacidad, sino que incluso se limitan a tenor de lo dispuesto en su obsoleto artículo 5.1.e). No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subsanado esta omisión a través de su jurisprudencia, ofreciendo una respuesta específica a la situación de estas personas, aunque de una manera no del todo satisfactoria. La reciente entrada en vigor del Protocolo núm. 12, que prohíbe la discriminación de forma independiente a las demás disposiciones del Convenio va a facilitar el acceso de las personas con discapacidad a la jurisdicción del Tribunal, y por tanto, a incrementar la protección de sus derechos.

Tanto la Carta Social Europea como la Carta revisada incluyen, además de diversas referencias, un artículo específicamente dirigido a las personas con discapacidad, si bien con un enfoque muy diferente. Sobre la base del modelo social de la discapacidad, la Carta Social Europea revisada mejora y amplía la arcaica redacción del artículo 15 de la Carta de 1961. Además, pese a las limitaciones derivadas de su naturaleza no jurisdiccional, el Comité Europeo de Derechos Sociales viene desarrollando una impecable labor en la aplicación y la interpretación del precepto, mostrándose a la vanguardia de los últimos avances en materia de discapacidad.

A través de las numerosas recomendaciones y resoluciones que el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria han adoptado en materia de discapacidad se aprecia la evolución hacia el modelo basado en el reconocimiento de derechos. La mayor parte de las normas adoptadas por el Comité de Ministros se circunscribieron, desde un principio, al régimen jurídico del *Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública*. Con el paso de los años, el número de Estados parte del Acuerdo se ha ido ampliando, a la vez que algunas de las actuaciones más

relevantes se han extraído de dicho régimen, con la finalidad de dotarlas de un alcance general. En la actualidad, el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015) es el instrumento sobre el que se configura la nueva estrategia de la organización en el ámbito de la discapacidad.

V. En el marco comunitario, las instituciones europeas han incrementado de forma progresiva su interés por la situación de las personas con discapacidad. En sus trabajos puede apreciarse con claridad la transición desde el modelo tradicional de la discapacidad, hacia el modelo social de la misma. Superada una primera etapa de corte paternalista, en la que las actuaciones se dirigieron casi exclusivamente a lograr la rehabilitación profesional de los ciudadanos con discapacidad, la Unión Europea ha apostado por una estrategia basada en la igualdad de oportunidades y la no discriminación, reconociendo derechos subjetivos y promulgando un amplio número de programas y políticas dirigidos a eliminar las barreras a la participación de aquellos ciudadanos.

De hecho, el modelo comunitario de la discapacidad se define a través de dos características principales. En primer lugar, por las limitaciones en las actuaciones comunitarias, que han estado condicionadas por las competencias atribuidas en cada momento histórico a las Comunidades Europeas. Ello justifica que, al carecer de una base jurídica expresa en el ámbito de la discapacidad, las instituciones hayan centrado sus esfuerzos en materias como el empleo, los transportes o la sociedad de la información. Y en segundo lugar, por ser un modelo que, sobre todo si lo comparamos con otras organizaciones, se ha singularizado por una peculiar armonización entre el reconocimiento de derechos y el desarrollo de políticas.

Aún cuando la mayoría de las normas comunitarias en materia de discapacidad son de naturaleza recomendatoria, en la última década se han adoptado diversos instrumentos con fuerza vinculante que reconocen derechos por razón de discapacidad. Sobre la base del modificado artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/78, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo a las personas

con discapacidad. También se han adoptado normas en materia de accesibilidad en el transporte, como el Reglamento 1107/2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo.

VI. Con la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se inicia una nueva etapa para estas personas. La Convención es un instrumento extenso y técnicamente avanzado, que consagra con valor convencional el modelo social de la discapacidad y la perspectiva de derechos humanos. En ella se regulan con destacado detalle los derechos de los que son titulares las personas con discapacidad, así como las obligaciones generales y específicas de los Estados respecto de aquellas. No es posible afirmar que estos derechos sean nuevos, pues todos ellos habían sido reconocidos previamente en instrumentos de diversa naturaleza, pero sí que otorga carácter convencional, y por tanto vinculante, a diversos derechos que carecían de aquél, como el derecho a la accesibilidad, el derecho a la movilidad personal, o el derecho a vivir de forma independiente y ser incluido en la comunidad. Asimismo, la Convención crea un mecanismo de vigilancia específico — el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad — que, si bien se regula parcialmente en el propio texto, sus funciones más importantes fueron incluidas en un Protocolo adicional.

Al mismo tiempo, la Convención también supone una importante aportación para el Derecho internacional de los Derechos Humanos, pues además de complementar y enriquecer los tratados que integran el sistema universal de protección de los derechos humanos, incorpora diversas novedades relevantes.

En primer lugar, la Convención adopta un enfoque mixto entre el modelo integral y de no discriminación sobre los que se estructuran los diferentes tratados de derechos humanos existentes. En efecto, en la Convención hay un reconocimiento expreso de derechos, sobre los cuales interactúa el principio de no discriminación, que es uno de los elementos centrales del texto.

En segundo lugar, no hay una diferenciación formal en la Convención entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, muchos de los derechos regulados en la misma incorporan características propias de ambas categorías.

Y en tercer lugar, tanto en su creación como en su aplicación han sido incluidos una serie de actores que rara vez participan, en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, de las funciones que les han sido asignadas. Así, una de las claves del éxito en la redacción, adopción y ratificación de la Convención fue la participación de la sociedad civil en su proceso de elaboración, tanto en la formulación de propuestas a través de Internet, como asistiendo a las diferentes sesiones del Comité Especial. Además, la Convención otorga un importante papel a las propias personas con discapacidad y sus organizaciones en el proceso de aplicación y supervisión de la Convención, así como a los Estados parte, que se reunirán bianualmente con el propósito de crear un foro periódico de debate en torno a aquélla.

VII. De toda la regulación internacional especialmente dirigida a las personas con discapacidad emana un amplio conjunto de derechos. Muchos de esos derechos se enuncian en los mismos términos que aquellos que, con carácter general, tiene reconocidos cualquier persona. Sin embargo, hay otros derechos que tienen un contenido específico por razón de discapacidad, y que amplían, incluso, el contenido clásico de determinados derechos humanos. Estos derechos son la respuesta jurídica internacional a las especiales necesidades o las particularidades que las personas con discapacidad requieren para el ejercicio real y efectivo de sus derechos y libertades básicas y el respeto de su dignidad humana.

El contenido material de los derechos humanos de las personas con discapacidad también ha sido objeto de una pronunciada evolución. La regulación actual de los mismos difiere notablemente de la desarrollada durante las primeras etapas.

Con independencia de las conclusiones específicas de cada uno de los derechos examinados en la Parte II de esta tesis, pueden extraerse diversas conclusiones generales.

De un sistema de segregación, marginación y exclusión en entornos especiales, se ha evolucionado hacia un modelo basado en la integración en el medio ordinario, con el objetivo de *desinstitucionalizar* a estas personas. Incluso cuando la misma integración ha devenido insuficiente, se ha apostado por potenciar la participación efectiva de las personas con discapacidad, garantizando así su verdadera inclusión. Frente a las clásicas actitudes coercitivas, se aprecia un interés creciente por conocer la voluntad y precisar del consentimiento de estas personas para la adopción de medidas y la toma de decisiones que afecten a sus intereses. En este sentido, de un modelo inspirado en la sustitución de sus capacidades se está progresando hacia otro fundamentado en el apoyo a las mismas.

VII. En tanto las personas con discapacidad no se encuentran, ni *de iure* ni *de facto* en una situación de igualdad real con las demás personas, las medidas positivas constituyen cada vez más una herramienta de reconocida eficacia para la equiparación de sus oportunidades. Además, las personas con discapacidad cuentan con un medio específico para garantizar su participación e independencia, como son los ajustes razonables, cuya realización se configura en la normativa internacional como derecho subjetivo, equiparando incluso su denegación injustificada con la discriminación por razón de discapacidad.

La accesibilidad, no sólo del entorno físico, sino de todos aquellos factores externos a la persona, constituye en la actualidad un objetivo básico, un principio general, y sobre todo, un derecho. Los Estados deben velar por que el entorno que rodea a las personas con discapacidad les permita *funcionar* de la forma más independiente posible.

En definitiva, la normativa internacional examinada tiene como propósito lograr una sociedad en la que el ejercicio de los derechos de las personas con

discapacidad en unas condiciones respetuosas con su dignidad esté garantizado, en la que la discapacidad no pueda ser bajo ningún concepto un motivo para la limitación de aquellos, y en la que, como corolario de la diversidad humana, no sólo se aprenda a respetar sino además a valorar la diferencia.

FUENTES DOCUMENTALES

1 TRATADOS

Convenio de Aviación Civil Internacional firmado en Chicago el 7 de diciembre de 1944, y en vigor desde el 4 de abril de 1947.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, y en vigor desde el 7 de abril de 1948.

Convenio de la OIT núm. 77 sobre el examen médico de los menores (industria), de 9 de octubre de 1946, y en vigor desde el 29 de diciembre de 1950.

Convenio de la OIT núm. 78 sobre el examen médico de los menores (trabajos no industriales), de 9 de octubre de 1946, y en vigor desde el 29 diciembre de 1950.

Convenio de la OIT núm. 88 sobre el servicio de empleo, de 9 de julio de 1948, y en vigor desde el 10 de agosto de 1950.

Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, y en vigor desde el 3 de agosto de 1949.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos), firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953.

Convenio de la OIT núm. 102 sobre la seguridad social (norma mínima), de 28 de junio de 1952, y en vigor desde el 27 de abril de 1955.

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957 y en vigor desde el 1 de enero de 1958.

Convenio de la OIT núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958, y en vigor desde el 15 de junio de 1960.

Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, y en vigor desde el 22 de mayo de 1962.

Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en vigor desde el 26 de febrero de 1965.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y en vigor desde el 4 de enero de 1969.

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 3 de enero de 1976.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 23 de marzo de 1976.
- Convenio de la OIT núm. 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967, y en vigor desde el 1 de noviembre de 1969.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada el 22 de noviembre de 1969 en San José de Costa Rica (Costa Rica), y en vigor desde el 18 de julio de 1978.
- Convenio de la OIT núm. 142 sobre desarrollo de los recursos humanos, de 23 de junio de 1975, y en vigor desde el 19 de julio de 1977.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981.
- Convenio de la OIT núm. 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983, y en vigor desde el 20 de junio de 1985.
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984, y en vigor desde el 26 de junio de 1987.
- Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes, adoptado el 26 de noviembre de 1987, y en vigor desde el 1 de febrero de 1989.
- Convenio de la OIT núm. 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, de 21 de junio de 1988, y en vigor desde el 17 de octubre de 1991.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y en vigor desde el 1 de julio de 2003.
- Protocolo adicional a la Carta Social Europea, firmado el 21 de octubre de 1991.
- Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 y en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.
- Protocolo adicional a la Carta Social Europea, en el que se establece un Sistema de Reclamaciones Colectivas, firmado en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995, y en vigor desde el 1 de julio de 1998.

Carta Social Europea (revisada), firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y en vigor desde el 1 de julio de 1999.

Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y en vigor desde el 1 de diciembre de 1999.

Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción, aprobada el 18 de septiembre de 1997 por la Conferencia Diplomática sobre la prohibición total internacional de minas terrestres antipersonal, y en vigor desde el 1 de marzo de 1999.

Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, firmado el 2 de octubre de 1997, y en vigor desde el 5 de mayo de 1999.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada el 7 de junio de 1999 en Ciudad de Guatemala (Guatemala), y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.

Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado el 4 de noviembre de 2000, y en vigor desde el 1 de abril de 2005.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 en su resolución 61/106, abierta a la firma y ratificación el 30 de marzo de 2007, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006 en su resolución 61/106, abierto a la firma y ratificación el 30 de marzo de 2007, y en vigor desde el 3 de mayo de 2008.

Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 61/177, de 20 de diciembre de 2006.

Convención sobre Protección contra la Explotación Sexual y el Abuso Infantil, firmada en Lanzarote (España) el 25 de octubre de 2007.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

2 ACTOS NORMATIVOS Y OTROS DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

2.1 NACIONES UNIDAS

2.1.1 Declaraciones y resoluciones

a) Asamblea General

i) Declaraciones, normas y principios

Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución de la Asamblea General 217 A (iii) de 10 de diciembre de 1948.

Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969.

Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, adoptada por la resolución de la Asamblea General 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

Declaración de Derechos de los Impedidos, adoptada por la resolución de la Asamblea General 3447 (XXX) de 9 de diciembre de 1975.

Programa de Acción Mundial para los Impedidos, adoptado por la resolución de la Asamblea General 37/52 de 3 de diciembre de 1982,

Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos, hechas suyas por la Asamblea General en su resolución 44/70 de 8 de diciembre de 1989.

Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la resolución de la Asamblea General 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Asamblea General a través de su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General en su resolución 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

ii) Resoluciones

Resolución de la Asamblea General 31/123 de 16 de diciembre de 1976, por la que se proclama el Año Internacional de los Impedidos (1981).

Resolución de la Asamblea General 34/154 de 17 de diciembre de 1979 relativa al Año Internacional de los Impedidos.

Resolución de la Asamblea General 36/77 de 8 de diciembre de 1981 relativa al Año Internacional de los Impedidos.

Resolución de la Asamblea General 37/53 de 3 de diciembre de 1982 sobre la ejecución del Programa de Acción Mundial para los Impedidos, por la que se declara el Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos (1983-1992).

Resolución de la Asamblea General 47/3 de 14 de octubre de 1992 sobre el Día Internacional de los Impedidos.

Resolución de la Asamblea General 56/168 de 19 de diciembre de 2001 sobre una Convención internacional general e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Resolución de la Asamblea General 57/229 de 18 de diciembre de 2002 relativa al Comité Especial sobre una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidades.

Resolución de la Asamblea General 58/246 de 23 de diciembre de 2003 relativa al Comité Especial sobre una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Resolución de la Asamblea General 60/232 de 23 de diciembre de 2005 relativa al Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad.

Resolución de la Asamblea General 61/106 de 13 de diciembre de 2006 por la que se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

b) Comisión de Derechos Humanos

Resolución 1998/31 de la Comisión de Derechos Humanos de 17 de abril de 1998 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Resolución 2000/51 de la Comisión de Derechos Humanos de 25 de abril de 2000 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Resolución 2002/61 de la Comisión de Derechos Humanos de 25 de abril de 2002 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Resolución 2003/49 de la Comisión de Derechos Humanos de 23 de abril de 2003 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Resolución 2004/52 de la Comisión de Derechos Humanos de 20 de abril de 2004 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Resolución 2005/65 de la Comisión de Derechos Humanos de 20 de abril de 2005 sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad.

c) Resoluciones de otros órganos

Resolución del Consejo Económico y Social 1990/26 de 24 de mayo de 1990.

Resolución de la Comisión de Desarrollo Social 32/2 de 20 de febrero de 1991.

Resolución del Consejo de Derechos Humanos de 28 de marzo de 2008 sobre los derechos de las personas con discapacidad (A/HRC/L27).

d) Conferencias mundiales

Declaración y el Programa de Acción de Viena aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban (Sudáfrica), 31 de agosto a 7 de septiembre de 2001 (A/CONF.189/5).

2.1.2 Otros documentos

a) Actas

Acta de la 16ª sesión, de 19 de octubre de 1987, de la Tercera Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo segundo periodo de sesiones (A/C.3/42/SR.16).

Acta de la 16ª sesión, de 24 de octubre de 1989, de la Tercera Comisión de la Asamblea General en su cuadragésimo cuarto periodo de sesiones (A/C.3/44/SR.16).

Acta de la 55ª sesión, de 30 de noviembre de 2001, de la Tercera Comisión de la Asamblea General en su quincuagésimo sexto periodo de sesiones (A/C.3/56/SR.55).

b) Informes y documentos de trabajo

Informe de la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Erica-Irene Daes, “Los derechos humanos y el progreso científico y tecnológico - principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales”, de 1983 (E/CN.4/Sub.2/1983/17 y Add.1).

Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Leandro Despouy, “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, de 1993 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta S.92.XIV.4).

Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su primer mandato, de 23 de diciembre de 1996 (A/52/46).

Informe sobre el 15º periodo de sesiones del Comité de los Derechos del Niño, de 6 de junio de 1997 (CRC/C/66).

Informe del Secretario General, El mejoramiento de la protección social y la reducción de la vulnerabilidad en el actual proceso de mundialización, de 8 de diciembre de 2000, párrafo 6 (E/CN.5/2001/2).

Informe final del Relator Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su tercer mandato, 2000-2002, de 9 de enero de 2002 (E/CN.5/2002/4).

Opiniones expresadas por los Gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y los organismos de las Naciones Unidas acerca de una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 6 de junio de 2003 (A/AC.265/2003/4).

Informe del segundo periodo de sesiones del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 3 de julio de 2003 (A/58/118 y Corr. 1).

Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 29 de enero de 2004 (A/AC.265/2004/WG.1).

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, de 30 de diciembre de 2004 (E/CN.4/2005/82).

Informe anual del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de 11 de febrero de 2005 (E/CN.4/2005/51).

Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su quinto período de sesiones, de 23 de febrero de 2005 (A/AC.265/2005/2).

Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad sobre su sexto período de sesiones, de 14 de agosto de 2005 (A/60/266).

Informe final del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, de 6 de diciembre de 2006 (A/61/611).

Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación relativo al derecho a la educación de las personas con discapacidades, de 19 de febrero de 2007 (A/HRC/4/29).

Informe del Secretario General sobre el examen y evaluación quinquenal del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, de 28 de julio de 2008 (A/63/183).

Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, presentado por el Secretario General el 28 de julio de 2008 (A/63/175).

c) Discursos

Discurso de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, de 27 de enero de 2006, dirigido al Comité Especial creado por la Asamblea General en su séptimo periodo de sesiones (accesible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7stathchr.htm>).

Discurso de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, pronunciado el 6 de junio de 2008 ante el Consejo de Derechos Humanos en un acto especial con motivo de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, durante su octavo periodo de sesiones (accesible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/statements/HC_statementCRPDevent.doc).

d) Cartas y notas de prensa

Carta de fecha 26 de mayo de 2003 del Director Ejecutivo del Instituto Danés de Derechos Humanos dirigida al Secretario de Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/AC.265/2003/CRP/9).

Carta de fecha 7 de octubre de 2005 del Presidente del Comité Especial dirigida a todos los miembros del Comité, publicada el 14 de octubre de 2005 (A/AC.265/2006/1).

Nota de prensa de Naciones Unidas de 5 de diciembre de 2006 (PI/1756/SOC/4721).

Carta de fecha 5 de diciembre de 2006 dirigida al Presidente del Comité por el Representante Permanente de Finlandia ante las Naciones Unidas, en nombre de la Unión Europea (A/AC.265/2006/6).

Nota de prensa del Secretario General de 13 de diciembre de 2006 (SG/SM/10797).

2.2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Recomendación núm. 22 sobre la indemnización por accidentes del trabajo (importe mínimo), de 10 de junio de 1925.

Recomendación núm. 71 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), de 12 de mayo de 1944.

Recomendación núm. 79 sobre el examen médico de aptitud para el empleo de los menores, de 9 de octubre de 1946.

Recomendación núm. 83 sobre el servicio de empleo, de 9 de julio de 1948.

Recomendación núm. 99 sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos, de 22 de junio de 1955.

Recomendación núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 25 de junio de 1958.

Recomendación núm. 131 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, de 29 de junio de 1967.

Resolución de la Conferencia General de 24 de junio de 1968 sobre los trabajadores de capacidad disminuida.

Recomendación núm. 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), de 20 de junio de 1983.

Recomendación núm. 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos, de 17 de junio de 2004.

2.3 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Declaración de Alma-Ata sobre atención primaria de la salud, adoptada por la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud en Alma-Ata (Kazajstán), el 12 de septiembre de 1978.

Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM), adoptada en 1976 por la XXIX Asamblea Mundial de la Salud en su resolución 29.35 y publicada en 1980.

Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), aprobada por la LIV Asamblea Mundial de la Salud en su resolución 54.21, de 22 de mayo de 2001.

Resolución 58.23, de 25 de mayo de 2005, aprobada por la LVIII Asamblea Mundial de Salud, sobre discapacidad, incluidos la prevención, el tratamiento y la rehabilitación.

2.4 UNESCO

Declaración Sundberg, proclamada por la Conferencia Mundial sobre las Acciones y Estrategias para la Educación, Prevención e Integración celebrada en Torremolinos (España), el 7 de noviembre de 1981.

Declaración de México sobre las Políticas Culturales, adoptada por la Conferencia Mundial sobre las Políticas Culturales celebrada en México D.F., el 6 de agosto de 1982.

Declaración Mundial sobre la Educación para Todos: Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, aprobada por la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos celebrada en Jomtien (Tailandia), el 9 de marzo de 1990.

Declaración y Marco de Acción de Salamanca para las Necesidades Educativas Especiales, aprobada por unanimidad por la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales: Acceso y Calidad celebrada en Salamanca, el 10 de junio de 1994.

2.5 UNICEF

Plan estratégico de mediano plazo del UNICEF para el período 2006-2009. Inversión en la infancia: contribución del UNICEF a la reducción de la pobreza y al programa de la Cumbre del Milenio, de 11 de julio de 2005 (E/ICEF/2005/11).

2.6 CONSEJO DE EUROPA

2.6.1 Asamblea Parlamentaria

Recomendación 925 (1981) de la Asamblea Parlamentaria on the Council of Europe's contribution to the International Year for Disabled Persons, de 3 de octubre de 1981.

Recomendación 1185 (1992) de la Asamblea Parlamentaria on rehabilitation policies for the disabled, de 7 de mayo de 1992.

Recomendación 1492 (2001) de la Asamblea Parlamentaria, sobre los derechos de las minoría nacionales, de 23 de enero de 2001.

Recomendación 1592 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, Towards full social inclusion of persons with disabilities, de 29 de enero de 2003.

Recomendación 1598 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, Protection of sign languages in the member states of the Council of Europe, de 1 de abril de 2003.

Recomendación 1601 (2003) de la Asamblea Parlamentaria, Improving the lot of abandoned children in institutions, de 1 de abril de 2003.

Recomendación 1698 (2005) de la Asamblea Parlamentaria, The rights of children in institutions: follow-up to Recommendation 1601 (2003) of the Parliamentary Assembly, de 25 de abril de 2005.

2.6.2 Comité de Ministros

a) Recomendaciones y resoluciones

Resolución (51) 62 del Comité de Ministros, de 2 de agosto de 1951, relativa a los Acuerdos Parciales.

Resolución (59) 23 del Comité de Ministros, de 16 de noviembre de 1959, por la que se autoriza el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.

Resolución (76) 41 del Comité de Ministros, on the principles for a policy of Sport for All, de 24 de septiembre de 1976.

Recomendación R (86) 18 del Comité de Ministros a los Estados miembros on the European Charter on Sport for All: disabled persons, de 4 de diciembre de 1986.

Recomendación R (90) 22 del Comité de Ministros a los Estados miembros on the protection of mental health of certain vulnerable groups in society, de 18 de octubre de 1990.

Recomendación R (92) 6 del Comité de Ministros, de 9 de abril de 1992, relativa a una política coherente para las personas con discapacidad.

Recomendación R (92) 13 del Comité de Ministros a los Estados miembros on the Revised European Sports Charter , de 24 de septiembre de 1992.

Resolución estatutaria del Comité de Ministros (93) 28, de 14 de mayo de 1993, relativa a los Acuerdos Parciales y Ampliados.

Resolución (96) 35 del Comité de Ministros, de 2 de octubre de 1996, por la que se revisa el Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública.

Recomendación R (97) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros on rehabilitation through sport of people with disabilities in Bosnia and Herzegovina, de 2 de junio de 1997.

Recomendación R (98) 3 del Comité de Ministros a los Estados miembros on access to higher education, de 7 de marzo de 1998.

Recomendación R (98) 9 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre dependencia, de 18 de septiembre de 1998.

Recomendación R (99) 4 del Comité de Ministros a los Estados miembros on principles concerning the legal protection of incapable adults, de 23 de febrero de 1999.

Recomendación R (2001) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros on the adaptation of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situations, de 10 de octubre de 2001.

Recomendación R (2002) 8 del Comité de Ministros a los Estados miembros on child day-care, de 18 de septiembre de 2002.

Recomendación R (2004) 10 del Comité de Ministros a los Estados miembros concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder, de 22 de septiembre de 2004.

Recomendación R (2004) 11 del Comité de Ministros a los Estados miembros on legal, operational and technical standards for e-voting, de 30 de septiembre de 2004.

Recomendación R (2005) 5 del Comité de Ministros a los Estados miembros on the rights of children living in residential institutions, de 16 de marzo de 2005.

Recomendación R (2006) 5 del Comité de Ministros, de 5 de abril de 2006, sobre el Plan de Acción para las personas con discapacidad (2006-2015).

b) Resoluciones adoptadas en el marco del Acuerdo Parcial en el campo de lo social y la salud pública

Resolución AP (84) 3 del Comité de Ministros, 17 de septiembre de 1984, sobre una política coherente para la rehabilitación de las personas con discapacidad.

Resolución AP (95) 3 on a Charter on the vocational assessment of people with disabilities, de 12 de octubre de 1995.

Resolución AP (2001) 1 on the introduction of the principles of universal design into the curricula of all occupations working on the built environment, de 15 de febrero de 2001.

Resolución AP (2001) 3, Hacia la plena ciudadanía de las personas con discapacidad por medio de nuevas tecnologías integradoras, de 24 de octubre de 2001.

Resolución AP (2005) 1 on safeguarding adults and children with disabilities against abuse, de 2 de febrero de 2005.

Resolución AP (2007) 3, “Achieving full participation through Universal Design”, de 12 de diciembre de 2007.

Resolución AP (2007) 4 on the education and social inclusion of children and young people with autism spectrum disorders, de 12 de diciembre de 2007.

2.6.3 Otros documentos

Plan de Acción de la Tercera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa (CM(2005)80 final), adoptado en Varsovia el 17 de mayo de 2005.

2.7 UNIÓN EUROPEA

2.7.1 Parlamento Europeo y Consejo

a) Reglamentos

Reglamento (CE) N° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran

retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) N° 295/91 (DO N° L 46, de 17 de febrero de 2004).

Reglamento 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo (DO N° L 204, de 26 de julio de 2006, p. 1).

Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2007, sobre los derechos y obligaciones de los viajeros internacionales de ferrocarril (DO N° L 315, de 3 de diciembre de 2007, pp. 14-41).

b) Directivas

Directiva 2001/85 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, relativa a las disposiciones especiales aplicables a los vehículos utilizados para el transporte de viajeros con más de ocho plazas, además del asiento del conductor, y por la que se modifican las Directivas 70/156/CEE y 97/27/CE (DO N° L 42, de 13 de febrero de 2002, pp. 1-102).

Directiva 2004/27 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano (DO N° L 136, de 30 de abril de 2004, p. 34).

Directiva 2007/65 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO N° L 332, de 18 de diciembre de 2007, pp. 27-45).

2.7.2 Consejo

a) Directivas

Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las Elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales (DO N° L 329, de 30 de diciembre de 1993).

Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales (DO N° L 368, de 31 de diciembre de 1994).

Directiva 2000/43 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 (DO N° L 180, de 19 de julio de 2000, p. 22).

Directiva 2000/78 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 (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16).

b) Decisiones

Decisión del Consejo, de 18 de abril de 1988, por la que se adopta un segundo programa de acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS) (DO N° L 104, 231, de 23 de abril de 1988, p. 38).

Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, por la que se aprueba el tercer programa de acción comunitaria para las personas minusválidas (HELIOS II 1993-1996) (DO N° L 56, de 9 de marzo de 1993, p. 30).

Decisión del Consejo, de 21 de septiembre de 1993, sobre una iniciativa tecnológica comunitaria para las personas mayores y las personas con discapacidades (TIDE) (DO N° L 240, de 25 de septiembre de 1993, p. 42).

Decisión del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) (DO N° L 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 23).

Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad (DO N° L 335, de 19 de diciembre de 2001, p. 15).

c) Recomendaciones, resoluciones y otros documentos

Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social (DO N° C 13, de 12 de febrero de 1974, pp. 1-4).

Resolución del Consejo de 27 de junio de 1974, relativa al establecimiento del primer programa de acción comunitaria para la readaptación profesional de los minusválidos (DO N° C 80, de 9 de julio de 1974, pp. 30-32).

Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 21 de diciembre de 1981, sobre la integración social de los minusválidos (DO N° C 347, de 31 de diciembre de 1981, p. 1).

Recomendación del Consejo, de 24 de julio de 1986, sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO N° L 225, 379, de 12 de agosto de 1986, 43-47).

Conclusiones del Consejo y los ministros de Educación reunidos en Consejo, de 14 de mayo de 1987, relativo a un programa de colaboración europea sobre la integración de los niños disminuidos en escuelas ordinarias (DO N° C 211, de 8 de agosto de 1987, pp. 1-4).

Conclusiones del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativas al empleo de los minusválidos en la Comunidad (DO N° C 173, de 8 de julio de 1989, pp. 1-2).

Resolución del Consejo y los Ministros de Educación reunidos en Consejo, de 31 de mayo de 1990, relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios (DO N° C 162, de 3 de julio de 1990, p. 2).

Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías (DO N° C 12, de 13 de enero de 1997, p. 1).

Recomendación del Consejo, de 4 de junio de 1998, sobre la creación de una tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad (DO N° L 167, de 12 de junio de 1998, p. 25).

Resolución del Consejo, de 22 de febrero de 1999, sobre las Directrices para el empleo en 1999 (DO N° C 69, de 12 de marzo de 1999, p. 2).

Resolución del Consejo, de 17 de junio de 1999, relativa a la igualdad de oportunidades laborales de las personas con minusvalías (DO N° C 186, de 2 de julio de 1999, p. 3).

Resolución del Consejo, de 6 de febrero de 2003, sobre “Accesibilidad electrónica” Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento (DO N° C 39, de 18 de febrero de 2003, p. 5).

Resolución del Consejo, de 5 de mayo de 2003, sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 6).

Resolución del Consejo, de 6 de mayo de 2003, sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad (DO N° C 134, de 7 de junio de 2003, p. 7).

Resolución del Consejo, de 15 de julio de 2003, sobre el fomento del empleo y la inclusión social de las personas con discapacidad (DO N° C 175, de 24 de julio de 2003, p. 1).

2.7.3 Parlamento Europeo

Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de mayo de 1981, sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la Comunidad, en particular referencia al Año Internacional del Minusválido 1981 (DO N° C 77, de 6 de abril de 1981, p. 27).

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1987, sobre el transporte de minusválidos y ancianos (DO N° C 281, de 19 de octubre de 1987, p. 85).

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de junio de 1988, sobre lenguajes gestuales para sordos (DO N° C 187, de 18 de julio de 1988, p. 236).

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 1992, sobre los derechos de los deficientes mentales (DO N° C 284, de 2 de noviembre de 1992, p. 49).

Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 1995, sobre los derechos humanos de los minusválidos (DO N° C 17, de 22 de enero de 1996, p. 196).

Resolución del Parlamento Europeo, de 30 de noviembre de 2006, sobre la situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el Plan de Acción Europeo 2006-2007 (DO N° C 316, de 22 de diciembre de 2006, p. 370).

2.7.4 Comisión

Comunicación de la Comisión al Consejo, de 4 de noviembre de 1981, sobre líneas directrices de una acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos (DO N° C 347, de 31 de diciembre de 1981, pp. 14-31).

Libro Verde sobre la Política Social Europea, de 17 de noviembre de 1993, Opciones para la Unión (COM (93) 551 final).

Libro Blanco sobre la Política Social Europea, de 27 de julio de 1994, Un paso adelante para la Unión (COM (94) 333 final).

Comunicación de la Comisión, de 30 de julio de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía (COM (96) 406 final).

Comunicación, de 8 de diciembre de 1999, relativa a una iniciativa de la Comisión para el Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000: eEurope - Una sociedad de la información para todos (COM (1999) 687).

Comunicación de la Comisión a los Estados miembros, de 14 de abril de 2000, por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo (DO N° C 127, de 5 de mayo de 2000, p. 2).

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

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 21 de junio de 2000: protección de los pasajeros aéreos en la Unión Europea (COM (2000) 365 final).

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de enero de 2003, "Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad" (COM (2003) 16 final).

Comunicación de la Comisión, de 30 de octubre de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM (2003) 650 final).

Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y el Consejo sobre los derechos de las personas de movilidad reducida en el transporte aéreo, presentada por la Comisión el 16 de febrero de 2005 (COM (2005) 47 final).

Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo” (COM(2005) 229 final).

Comunicación de la Comisión, de 13 de septiembre de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La accesibilidad electrónica (COM(2005) 425 final).

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de octubre de 2005, sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (COM(2005) 486 final).

Comunicación de la Comisión, de 28 de noviembre de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007 (COM (2005) 604 final).

2.7.5 Otros documentos

Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza por los Presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, el 7 de diciembre de 2000 (DO N° C 364, de 18 de diciembre de 2000, p. 1).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (DO N° C 88, de 11 de abril de 2006, pp. 22-26).

3 JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

3.1 TRIBUNALES INTERNACIONALES

3.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

3.1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Asunto “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium”, sentencia de 23 de julio de 1968, Series A núm. 6.

Golder c. Reino Unido, sentencia de 21 de febrero de 1975, Series A núm. 18.

Irlanda c. Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, Series A núm. 25.

Airey c. Irlanda, sentencia de 9 de octubre de 1979, Series A núm. 32.

Winterwerp c. Holanda, sentencia de 24 de octubre de 1979, Series A núm. 33.

X c. Reino Unido, sentencia de 5 de noviembre de 1981, Series A núm. 46.

Luberti c. Italia, sentencia de 23 de febrero de 1984, Series A núm. 75.

Rasmussen c. Dinamarca, sentencia de 28 de noviembre de 1984, Series A núm. 87.

X. e Y. c. Holanda, sentencia de 26 de marzo de 1985, Series A núm. 91.

Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985, Series A núm. 94.

Ashingdane c. Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985, Series A núm. 93.

Johnston y otros c. Irlanda, sentencia de 18 de diciembre de 1986, Series A núm. 112.

Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica, sentencia de 2 de marzo de 1987, Series A núm. 113.

Inze c. Austria, sentencia de 28 de octubre de 1987, Series A núm. 126.

Megyeri c. Alemania, sentencia de 12 de mayo de 1992, Series A núm. 237-A.

Herczegfalvy c. Austria, sentencia de 24 de septiembre de 1992, Series A núm. 244.

Open Door and Dublin Well Woman c. Irlanda, sentencia de 29 de octubre de 1992, Series A núm. 246-A.

- Niemietz c. Alemania*, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Series A núm. 251-B.
- McCann y otros c. Reino Unido*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, Series A núm. 324.
- Kaya c. Turquía*, sentencia de 19 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.
- Botta c. Italia*, sentencia de 24 de febrero de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I.
- Aerts c. Bélgica*, sentencia de 30 de julio de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-V.
- Osman c. Reino Unido*, sentencia de 28 de octubre de 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VIII.
- Marzari c. Italia*, decisión de 4 de mayo de 1999, núm. 36448/97.
- Selmouni c. Francia*, sentencia de 28 de julio de 1999, núm. 25803/94, ECHR 1999-V.
- Thlimmenos c. Grecia*, sentencia de 6 de abril de 2000, núm. 34369/97, ECHR 2000-IV.
- William y Anita Powell c. Reino Unido*, decisión de 4 de mayo de 2000, núm. 45305/99, ECHR 2000-V.
- Varbanov c. Bulgaria*, sentencia de 5 de octubre de 2000, núm. 31365/96, ECHR 2000-X.
- Kawka c. Polonia*, sentencia de 9 de enero de 2001, núm. 25874/94.
- Bensaid c. Reino Unido*, sentencia de 6 de febrero de 2001, núm. 44599/98, ECHR 2001-I.
- Keenan c. Reino Unido*, sentencia de 3 de abril de 2001, núm. 27229/95, ECHR 2001-III.
- Hugh Jordan c. Reino Unido*, sentencia de 4 de mayo de 2001, núm. 24746/94, ECHR 2001-III (extractos).
- Price c. Reino Unido*, sentencia de 10 de julio de 2001, núm. 33394/96, ECHR 2001-VII.
- Calvelli y Ciglio c. Italia*, sentencia de 17 de enero de 2002, núm. 32967/96, ECHR 2002-I.
- Pretty c. Reino Unido*, sentencia de 29 de abril de 2002, núm. 2346/02, ECHR 2002-III.
- Zehnalová y Zehnal c. República Checa*, decisión de 14 de mayo de 2002, núm. 38621/97, ECHR 2002-V.
- Sentges c. los Países Bajos*, decisión de 8 de julio de 2003, núm. 27677/02.
- Altun c. Turquía*, sentencia de 1 de junio de 2004, núm. 24561/94.
- S. C. c. Reino Unido*, sentencia de 15 de junio de 2004, núm. 60958/00, ECHR 2004-IV.
- Vo c. Francia*, sentencia de 8 de julio de 2004, núm. 53924/00, ECHR 2004-VIII.

H. L. c. Reino Unido, sentencia de 5 de octubre de 2004, núm. 45508/99, ECHR 2004-IX.

Pentiacova y otros c. Moldavia, decisión de 4 de enero de 2005, núm. 14462/03, ECHR 2005-I.

D. H. y otros c. la República Checa, sentencias de la Sala segunda de 7 de febrero de 2006 y de la Gran Sala de 13 de noviembre de 2007, núm. 57325/00, ECHR 2007.

3.1.3 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 2006, asunto C-13/05, *Chacón Navas*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, *Coleman*.

3.2 ÓRGANOS DE CONTROL

3.2.1 Comisión Europea de Derechos Humanos

A., B., C., D., E., F., G., H. e I. c. la República Federal de Alemania, decisión de 16 de julio de 1976, núm. 5573/72.

East African Asians c. Reino Unido, decisión de 6 de marzo de 1978, núm. 4626/70.

Selçuk y Asker c. Turquía, informe de 28 de noviembre de 1996, núm. 23184/94.

3.2.2 Comité contra la Tortura

Observación general núm. 2 del Comité contra la Tortura, Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes, de 2007 (CAT/C/GC/2).

3.2.3 Comité de Derechos Humanos

a) Dictámenes y decisiones

Asunto Broeks contra los Países Bajos, comunicación 172/1984, decisión del Comité de Derechos Humanos de 9 de abril de 1987 (CCPR/C/29/D/172/1984).

Asunto Clement Francis contra Jamaica, comunicación 606/1994, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 3 de agosto de 1995 (CCPR/C/54/D/606/1994).

Asunto Hamilton contra Jamaica, comunicación 616/1995, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 28 de julio de 1999 (CCPR/C/66/D/616/1995).

Asunto C. contra Australia, comunicación 900/1999, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2002 (CCPR/C/76/D/900/1999).

Asunto Manuela Sanlés Sanlés contra España, comunicación 1024/2001, decisión del Comité de Derechos Humanos de 30 de marzo de 2004 (CCPR/C/80/D/1024/2001).

Asunto Karen Noelia Llantoy Huamán contra Perú, comunicación núm. 1153/2003, dictamen del Comité de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2005 (CCPR/C/85/D/1153/2003).

b) Observaciones generales y finales

Observación general núm. 6 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, de 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 143 y ss.).

Observación general núm. 8 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 8 - Derecho a la libertad y a la seguridad personales, de 1982 (HRI/GEN/1/Rev.7, p. 147).

Observación general núm. 10 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 19 - Libertad de opinión, de 1983, párrafo 1 (HRI/GEN/1/Rev.7, p. 150).

Observación general núm. 16 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, de 1988, párrafo 1 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 162 y ss.).

Observación general núm. 18 del Comité de Derechos Humanos, No discriminación, de 1989 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 168 y ss.).

Observación general núm. 19 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, de 1990, párrafo 4 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 171 y ss.).

Observación general núm. 20 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 20 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1992 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 173 y ss.).

Observación general núm. 21 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 10 - Trato humano de las personas privadas de libertad, de 1992 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 176 y ss.).

Observación general núm. 25 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, de 1996 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 194 y ss.).

Observación general núm. 27 del Comité de Derechos Humanos, Artículo 12 - La libertad de circulación, de 1999 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 202 y ss.).

Observación general núm. 28 del Comité de Derechos Humanos relativa a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, de 2000 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10).

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos relativas a los Países Bajos, 2001 (CCPR/CO/72/NET).

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos relativas al segundo informe periódico presentado por Eslovaquia, de 2003 (CCPR/CO/78/SVK).

3.2.4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación general núm. 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), de 1990 (E/C.12/1990/8).

Observación general núm. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del pacto), de 1991 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 21 y ss.).

Observación general núm. 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa a las personas con discapacidad, de 1994 (E/C.12/1994/13).

Observación general núm. 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), de 1999 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 70 y ss.).

Observación general núm. 13, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la educación (artículo 13), de 1999 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 79 y ss.).

Observación general núm. 14, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), de 2000 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 95 y ss.).

Observación general núm. 15 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2002 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 117 y ss.).

Observación general núm. 17, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), de 2005 (HRI/GEN/1/Rev.9, pp. 148 y ss.).

Observación general núm. 19 del Comité de Económicos, Sociales y Culturales, El derecho a la seguridad social (artículo 9), de 2007 (E/C.12/GC/19).

3.2.5 Comité de los Derechos del Niño

Observación general núm. 1, del Comité de los Derechos del Niño, Los propósitos de la educación, de 2001 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 332 y ss.).

Observación general núm. 9, del Comité de los Derechos del Niño, Los derechos de los niños con discapacidad, de 2006 (CRC/C/GC/9).

3.2.6 Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

Recomendación general núm. 18 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Mujeres discapacitadas, de 1991 (A/46/38).

Recomendación general núm. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, La violencia contra la mujer, de 1992 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 280 y ss.).

Recomendación general núm. 21 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares, de 1994, párrafo 23 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 287 y ss.).

Recomendación general núm. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, sobre la vida política y pública, de 1997 (HRI/GEN/1/Rev.7, pp. 298 y ss.).

3.2.7 Comité Europeo de Derechos Sociales

a) Decisiones

Reclamación núm. 13/2002, Autismo-Europa contra Francia, decisión de 4 de noviembre de 2003.

Reclamación núm. 14/2003, International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) contra Francia, decisión de 7 de septiembre de 2004.

Reclamación núm. 41/2007, Mental Disability Advocacy Centre (MDAC) contra Bulgaria, decisión de 3 de junio de 2008.

b) Conclusiones

Conclusiones de 1969 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea.

Conclusiones XIII-4 de 1996 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea.

Conclusiones XIV-2 de 1998 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Bélgica.

Conclusiones XVII-2 de 1998 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Portugal.

Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada

Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Francia.

Conclusiones de 2003 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Eslovenia.

Conclusiones de 2005 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada.

Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada.

Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Alemania.

Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Armenia.

Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Eslovenia.

Conclusiones de 2007 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Grecia.

Conclusiones de 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales respecto de la Carta Social Europea revisada.

Conclusiones de 2008 del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas a Eslovenia.

3.2.8 Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes

Informe anual 3º, relativo al año 1992 (CPT/Inf (93) 12).

Informe anual 8º, relativo al año 1997 (CPT/Inf (98) 12).

Informe de 12 de marzo de 2004 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes relativo a su visita a la República Checa en 2002, informe (CPT/Inf (2004) 4),

Informe de 2 de febrero de 2006 del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes relativo a su visita a Eslovaquia en 2005 (CPT/Inf (2006) 5).

Informe anual 16º, relativo al periodo 2005-2006 (CPT/Inf (2006) 35).

4 LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) (BOE de 30 de abril de 1982).

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 de diciembre de 2003)

Real Decreto 1865/2004, de 6 de septiembre, por el que se regula el Consejo Nacional de la Discapacidad (BOE de 7 de septiembre de 2004).

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social
(BOE de 31 de diciembre de 2003).

FUENTES DOCTRINALES

1 MANUALES Y OBRAS GENERALES

- Alston, P. (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Andrés Saénz de Santamaría, P., González Vega, J. A. y Fernández Pérez, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Eurolex, 1999.
- Bobbio, N., *El Tiempo de los Derechos*, Madrid: Editorial Sistema, 1991.
- Carrillo Salcedo, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Tecnos, 2003.
- Díez de Velasco Vallejo, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid: Tecnos, 2002.
- Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 2007.
- Hanski, R. y Suksi, M., *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, Turku: Åbo Akademi University, 2004.
- Jimena Quesada, L. (coor.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Madrid: Colex, 2006.
- La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Kitching, K. (ed.), *Non-Discrimination in International Law. A Handbook for Practitioners*, Londres: Lancaster House, Interights, 2005.
- Mangas Martín, A. y Liñán Nogueras, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2005.
- Marks, S. y Clapham, A., *International Human Rights Lexicon*, Nueva York: Oxford University Press, 2005.
- McKean, W. A., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Murdoch, J. (y otros), *Interights Manual for Lawyers – The Right To Life Under The ECHR (Article 2)*, Londres: Lancaster House, Interights, 2008.
- Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl: Engel, 1993.
- O’Callaghan, X., *Compendio de Derecho Civil. Tomo I, Parte General*, Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 2002.

- Remiro Brotóns, A. (y otros), *Derecho Internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Sands, P. y Kleon, P., *Bowett's Law of International Institutions*, Londres: Sweet & Maxwell, 2001.
- Sieghart, P., *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983.
- Smith, R. K. M., *Textbook on International Human Rights*, Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Steiner, H. J.; Alston, P. y Goodman, R., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- VV. AA., *Discapacidad. Manual para Parlamentarios*, Ginebra: Publicación de Naciones Unidas, 2007.
- Villán Durán, C., *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid: Trotta, 2002.

2 MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS

- Adroher Biosca, S. (coor.), *Discapacidad e Integración: Familia, Trabajo y Sociedad*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2004.
- Alcaín, E., González-Badía, J. Y Molina, C. (coor.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada: Editorial Comares, 2006.
- Alonso García, B., *El Régimen Jurídico de la Protección Social del Minusválido*, Madrid: Civitas, 1997.
- Alzaga Villaamil, O. (y otros), *La Administración de Justicia y las Personas con Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2000.
- Apostolopoulou, Z., *Equal Treatment of People with Disabilities in the EC: What does "Equal" mean?*, Nueva York: NYU School of Law, 2004.
- Banco Mundial, *World Development Report*, Nueva York: Oxford University Press, 2001.
- Banco Mundial y Universidad de Yale, *Encuesta Global sobre VIH/SIDA y Discapacidad*, Washington: Banco Mundial, 2004.
- Barnes, C. y Mercer, G., *Disability*, Cambridge: Polity Press, 2003.
- The Social Model of Disability: Europe and the Majority World*, Leeds: The Disability Press, 2005.
- Barnes, C.; Oliver, M. y Barton, L. (eds.), *Disability Studies Today*, Cambridge: Polity Press, 2002.

- Bartlett, P., Lewis, O. Y Thorold, O., *Mental Disability and the European Convention on Human Rights*, Leiden y Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.
- Barton, L. (comp.), *Discapacidad y sociedad*, traducción de Roc Filella, Madrid y La Coruña: Morata-Fundación Paideia, 1998.
- Superar las barreras de la discapacidad*, traducción de Redactores en red, Madrid: Morata, 2008.
- Blanck, P. (ed.), *Disability Rights*, Trowbridge: Ashgate, The International Library of Essays on Rights, 2005.
- Breslin, M. L. y Yee, S. (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002.
- Brown, H., *Safeguarding adults and children against abuse*, Estrasburgo: COE Publishing, 2003.
- Cabra de Luna, M. A., Bariffi, F. y Palacios, A., *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Madrid: Editorial universitaria Ramon Areces, 2007.
- Campoy Cervera, I. (ed.), *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*, Madrid: Dykinson, 2004.
- Casado Muñoz, R. y de Juan Barriuso, N. (coor.), *Inclusión y no discriminación de la mujer con discapacidad*, Burgos: Universidad de Burgos, 2005.
- Casado Pérez, D., *Comunicación social en discapacidad. Cuestiones éticas y de estilo*, 2ª ed., Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, 2003.
- Clements, L. y Read, J., *Disabled People and European Human Rights. A review of the implications of the 1998 Human Rights act for disabled children an adults in the UK*, Glasgow: The Policy Press, 2003.
- Disabled People and the Right to Life. The protection and violation of disabled's people most basic human rights*, Londres y Nueva York: Routledge, 2008.
- Coleridge, P., *Disability, Liberation and Development*, Oxford: Oxfam UK and Ireland, 1993.
- Comité para la Rehabilitación y la Integración de las Personas con Discapacidad, *Rehabilitation and integration of people with disabilities: policy and legislation*, 7ª ed., Estrasburgo: COE Publishing, 2003.
- Consejo de Europa, *Human Rights-Disability-Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo: COE Publishing, 2005.
- Cooper, J. (ed.), *Law, Rights & Disability*, Londres y Filadelfia: Jessica Kingsley Publishers, 2000.

- Cooper, J. y Vernon, S., *Disability and the Law*, Londres y Bristol (Pennsylvania): Jessica Kingsley Publishers, 1996.
- Cuenca Cabeza, M., *Temas de Pedagogía del Ocio*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- Pedagogía del Ocio: Modelos Y Propuestas*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- Aproximación Multidisciplinar a los Estudios de Ocio*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.
- Dal, G. A. Y Krenc, F. (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006.
- De Lorenzo, R. y Pérez Bueno, L. C. (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007.
- Degener, T. y Koster-Dreese, Y. (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- Del Campo Adrián, M. E.; Saneiro Silva, M. M. y Roca Dorda, J., *Metodología para la aplicación de la CIF (clasificación internacional de funcionamiento discapacidad y salud), a una población específica*, Madrid: Sanz y Torres, 2002.
- Despouy, L., *Human Rights and Disabled Persons*, Ginebra: Centre for Human Rights, 1993.
- Doyle, B., *Disability, Discrimination and Equal Opportunities: A Comparative Study of the Employment Rights of Disabled Persons*, Londres y Nueva York: Mansell, 1995.
- Doyle, B., *Disability Discrimination: Law and Practice*, 4ª ed., Bristol: Jordans, 2003.
- Echeita Sarrionandia, G. y Verdugo Alonso, M. A. (coor.), *La Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales 10 años después : valoración y prospectiva*, Salamanca: Publicaciones del INICO, 2004.
- Egea García, C. y Sarabia Sánchez, A., *Experiencias de Aplicación en España de la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, 2001.
- Eroles, C. y Ferreres, C. (comp.), *La Discapacidad: una cuestión de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Espacio Editorial, 2002.
- Fernández Iglesias, J. L., *Guía de estilo sobre discapacidad para profesionales de los medios de comunicación*, Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad, Polibea, 2006.
- Fernández Liesa, C. R. (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007.
- Finkelstein, V., *Attitudes and Disabled People*, Nueva York: World Rehabilitation Fund, 1980.

- Flowers, N. (ed.), *Human Rights. Yes! Action and Advocacy on the Rights of Persons with Disabilities*, Minneapolis: University of Minnesota Human Rights Center, 2007.
- Foro Europeo de la Discapacidad, *Guide to the Amsterdam Treaty*, Bruselas: EDF, 1998.
- Francioni, F., *Access to Justice as a Human Right*, Nueva York: Oxford University Press, 2007.
- Ganzenmüller, C. y Escudero, J. F., *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico*, Barcelona: Bosch, 2005.
- Gómez Isa, F. (dir.), *La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2003.
- Gorbeña, S. (y otros), *El Derecho al Ocio de las Personas con Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.
- Herr, S. S.; Gostin, L. O. y Koh, H. H., *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Inclusion Europe, *Equal Rights for all! Access to rights and justice for people with intellectual disabilities*, Bruselas: Inclusion Europe, 2005.
- Iturri Gárate, J. C., *La protección jurídica civil, penal, administrativa y social de la persona con discapacidad*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- Jones, M. y Basser Marks, L. A., *Disability, Divers-ability and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999.
- Kumpuvuori, J., *Observations on the Process of Elaborating a New Human Rights Instrument on the Rights of Persons with Disabilities*, Turku: Institute of Human Rights, 2003.
- Lachwitz, K. y Breitenbach, N., *Derechos humanos y discapacidad intelectual*, Ferney-Voltaire (Francia): Inclusión Internacional, 2002.
- Laloma García, M., *Empleo protegido en España. Análisis de la normativa legal y logros alcanzados*, Madrid: Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007.
- Lawson, A. y Gooding, C., *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005.
- Lázaro Fernández, Y. (ed.), *Ocio, Inclusión y Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- Lerner, N., *Group Rights and Discrimination in International Law*, La Haya, Londres y Nueva York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- Linacero de la Fuente, M., *Protección Jurídica de Personas con Discapacidad Menores Desfavorecidos y Personas Mayores*, Madrid: Universidad Complutense, 2004.

- Martínez Díe, R. (dir.), *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, Madrid: Civitas, 2000.
- Marzal, A. (ed.), *Minusválidos psíquicos y derechos del hombre*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2003.
- Maudinet, M., *Access to social rights for people with disabilities in Europe*, Estrasburgo: COE Publishing, 2003.
- Montero Llerandi, J. M., *De la Exclusión a la Integración, un Ensayo sobre la Situación Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial-ONCE, 1998.
- Mowbray, A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing, 2004.
- Muñoz Machado, S. (y otros), *La Integración Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1993.
- Muñoz Machado, S. y de Lorenzo, R. (dir.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1996.
- O'Reilly, A., *El derecho al trabajo decente de las personas con discapacidades*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2007.
- Office for Disability Issues (HM Government), *Independent Living. A cross government strategy about independent living for disabled people*, Londres: Office for Disability Issues, 2008.
- OIT, *Gestión de las discapacidades en el lugar de trabajo. Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2002.
- Informe sobre el Día internacional de las personas con discapacidad 2007. Trabajo Decente para las personas con discapacidad: 3 de diciembre de 2007*, Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2008.
- OIT, UNESCO y OMS: *CBR: estrategia para la rehabilitación, la igualdad de oportunidades, la reducción de la pobreza y la integración social de las personas con discapacidad: documento conjunto de posición*, Ginebra: Organización Mundial de la Salud, 2004.
- Oliver, M., *The Politics of Disablement*, Basingstoke: Palgrave Mcmillan, 1990.
- Understanding Disability. From theory to practice*, Basingstoke: Palgrave, 1996.
- OMS, OPS y MTAS, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, Madrid: MTAS, 2004.
- Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Cinca, 2008.

- Palacios, A. Y Bariffi, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid: Cinca, Colección Telefónica Accesible, 2007.
- Parra Dussan, C. (y otros), *Derechos Humanos y Discapacidad*, Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.
- Pettiti, C. y Favreau, B. (dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006.
- Quinn, G. y Degener, T., *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Nueva York y Ginebra: Publicación de las Naciones Unidas, 2002.
- Ruiz Ortega, M. (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003.
- Samaniego de García, P., *Aproximación a la realidad de las personas con discapacidad en Latinoamérica*, Madrid: CERMI, 2007.
- Samoy, E. y Waterplas, L., *Sheltered employment in five member states of the Council of Europe: Austria, Finland, Norway, Sweden and Switzerland*, Estrasburgo: COE Publishing, 1997.
- Saulle, M. R., *The Disabled Persons and the International Organizations*, Roma: International Documentation Ent., 1981.
- Seoane Rodríguez, J. A. (dir.); Abad Castelos, M. y Rey Aneiros, A., *Código de Derecho Internacional Público en Materia de Discapacidad*, A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2003.
- Código de Derecho Comunitario sobre Discapacidad*, A Coruña: Fundación Paideia Galiza, 2006.
- Setién Santamaría, M. L. (coor.), *Ocio, calidad de vida y discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.
- Stiker, H. J., *A History of Disability*, traducción inglesa de William Sayers, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2000.
- Stone, E. (ed.), *Disability and Development. Learning from action and research on disability in the majority world*, Leeds: The Disability Press, 1999.
- Storch de Gracia, J. G. (coor.), *Estatuto Jurídico de las Lenguas de Señas en el Derecho Español*, Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2005.
- UNESCO, *Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All*, Paris: UNESCO, 2005.
- Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, La Haya, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

- Vega Pindado, P. y Alonso López, F., *La accesibilidad del transporte en autobús: Diagnóstico y soluciones*, Madrid: IMSERSO (MTAS), 2006.
- Verdugo Alonso, M. A. (dir.), *Personas con discapacidad. Perspectivas psicopedagógicas y rehabilitadoras*, 3ª ed., Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- Verdugo Alonso, M. A. y Jordán de Urríes Vega, F. B. (coord.), *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, Salamanca: Amarú, 1998.
- Vidal García Alonso, J. (Coord.), *El Movimiento de Vida Independiente: Experiencias Internacionales*, Madrid: Fundación Luis Vives, 2003.
- Waddington, L., *From Rome to Nice in a Wheelchair. The Development of a European Disability Policy*, Groningen: Europa Law Publishing, 2006.
- Yuen, F. K. O., *International Perspectives on Disability Services. The Same but Different*, Binghamton (Nueva York): Haworth Social Work Practice Press, 2003.

3 ARTÍCULOS EN OBRAS COLECTIVAS Y REVISTAS CIENTÍFICAS

- Afflerbach, T. y Garabagiu, A., “Council of Europe Actions to Promote Human Rights and Full Participation of People with Disabilities: Improving the Quality of Life of People with Disabilities in Europe”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 463-482.
- Albert, B., McBride, R. y Seddon, D., “Perspectives on Disability, Poverty and Technology”, 15 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2004), pp. 12-21.
- Alonso López, F., “Los ejes dominantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1209-1234.
- Alonso Soto, F., “Tratamiento de la Discapacidad en la Unión Europea”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 319-404.
- Alston, P., “Disability and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 94-105.
- Álvarez Alday, M., “Economía del Ocio”, en M. Cuenca Cabeza (coor.), *Aproximación Multidisciplinar a los Estudios de Ocio*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2006, pp. 21-40.
- Andorno, R., “Hacia un Derecho internacional de la bioética: el ejemplo de la Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina”, 3 *REEI* (2001), pp. 1-18.

- Andréu Abela, J. (y otros), "Sociología de la discapacidad. Exclusión e inclusión social de los discapacitados", 45 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003), pp. 77-107.
- Ast, F., "Les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées dans l'Union européenne", en VV. AA., *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruselas: Bruylant, 2004, pp. 79-97.
- "Les Protecciones Offerτες aux Personnes Handicapées par le Droit Communautaire", en C. Pettiti y B. Favreau (dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 37-59.
- Bagentos, S. R., "The Future of Disability Law", 114 *The Yale Law Journal* (2004), pp. 1-84.
- Barnes, C., "Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas con discapacidad en la sociedad occidental", en L. Barton (comp.), *Discapacidad y sociedad*, traducción de Roc Filella, Madrid y La Coruña: Morata-Fundación Paideia, 1998, pp. 59-76.
- Barnes, C. y Thomas, C., "Introducción", en L. Barton (comp.), *Superar las barreras de la discapacidad*, traducción de Redactores en red, Madrid: Morata, 2008, pp. 15-18.
- Barton, L. y Armstrong, F., "Disability, Education, and Inclusion: Cross-Cultural Issues and Dilemmas", en G. Albrecht, K. D. Seelman y M. Bury (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks: Sage Publications, 2001, pp. 693-710.
- Bayefsky, A. F., "The Principle of Equality and Non-Discrimination in International Law", 11 (1) *Human Rights Law Journal* (1990), pp. 1-34.
- Bickenbach, J. E., "Minority Rights or Universal Participation: the Politics of Disablement", en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 101-115.
- Biel Portero, I., "Los derechos de las personas con discapacidad y las personas con movilidad reducida en el transporte aéreo. Comentario al Reglamento (CE) n.º 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006", 13 *RGDE* (2007), pp. 1-15.
- "Discapacidad, Derecho internacional y ¿cooperación al desarrollo?", en S. Sanz Caballero y J. Ferrer Lloret (eds.), *Protección de Personas y Grupos Vulnerables. Especial Referencia al Derecho Internacional y Europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 135-162.
- Biel Portero, I. y Rey Aneiros, A., "La política social de la Unión Europea como única vía para la protección de los derechos de las personas dependientes: ¿una etapa superada?", en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 185-208.

- “La apuesta comunitaria por el enfoque de los derechos de las personas dependientes: la dignidad de la persona como punto de partida”, en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 209-236.
- Blanck, P. y Millender, M., “Before Disability Civil Rights: Civil War Pensions and the Politics of Disability in America”, 52 *Alabama Law Review* (2000), pp. 1-50.
- Blanco Egido, E., “La protección jurídica en el ámbito del Consejo de Europa”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 405-433.
- Blanco Egido, E. y Sánchez Salcedo, A. M., “Enfoque de la discapacidad en los organismos internacionales”, 65 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2006) pp. 37-48.
- Brillat, R., “The rights of persons with disabilities under the European Social Charter”, en Consejo de Europa, *Human Rights-Disability-Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo: COE Publishing, 2005, pp. 48-57.
- Bussacchini, F., “Legal Developments in the European Community in the Disability Field. From special needs to equal rights”, en G. A. Dal y F. Krenc, *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006, pp. 31-39.
- Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prieto, M., “Integración de las personas discapacitadas”, en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro II, Los Derechos y Libertades*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, pp. 827-957.
- Cabra de Luna, M. A., “Personas con Discapacidad y Derecho: cuestiones de actualidad y ejes para una renovación”, en Ruiz Ortega, M. (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003, pp. 35-52.
- Cabra de Luna, M. A. y Gaztelu San Pio, C., “La protección jurídica de las personas con discapacidad en la normativa comunitaria y en los instrumentos internacionales”, en E. Alcaín, J. González-Badía y C. Molina (coor.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada: Editorial Comares, 2006, pp. 19-93.
- Calderbank, R., “Abuse and Disabled People: vulnerability or social indifference?”, 15 (3) *Disability & Society* (2000), pp 521-534.
- Cançado Trindade, A. A., “La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles”, 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991), pp. 13-41.

“El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1984-2002)”, en F. Gómez Isa (dir.), *La protección de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2003, pp. 449-491.

Cardona Llorens, J., “La protección de los derechos de los discapacitados en Europa”, en F. M. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa, *La Protección de las Personas y los Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 333-355.

“La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad”, en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 47-83.

Cardona Llorens, J. y Biel Portero, I., “Derechos humanos y capacidad diversa: la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en VV. AA., *Studi in Onore di Umberto Leanza*, Nápoles: Editoriale Scientifica, 2008, pp. 29-51.

Cardona Llorens, J. y Sanjosé Gil, A., “Derechos Humanos y Personas con Discapacidad en el Marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un Cambio de Rumbo?”, en R. Zerbini Ribeiro (ed.), *Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en Homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, pp. 491-550.

“La promoción y protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad: en el camino de su reconocimiento universal”, en C. Courtis; D. Hauser. y G. Rodríguez Huerta (comp.), *Protección Internacional de Derechos Humanos. Nuevos Desafíos*, México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 147-175.

Carrillo Salcedo, J. A., “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, 9 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), pp. 7-26.

Clements, L y Read, J., “The Dog That Didn't Bark: The Issue of Access to Rights under the European Convention on Human Rights”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 21-33.

Cohu, S. (y otros), “Les politiques en faveur des personnes handicapées dans cinq pays européens. Grandes tendances”, 59 (2) *Revue Française des Affaires Sociales* (2005), pp. 11-33.

Courtis, C., “Disability Rights in Latin America and International Cooperation”, 9 *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas* (2003), pp. 109-130.

“Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 277-317.

- “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 435-466.
- Cuenca Cabeza, M., “El ocio desde la dimensión solidaria. Estudio de un grupo de jóvenes universitarios”, en Y. Lázaro Fernández, *Ocio, Inclusión y Discapacidad*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- De Asís, R., Bariffi, F. y Palacios, A., “Principios éticos y fundamentos jurídicos”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 83-113.
- De Beco, R., “Handicap et Détention”, en G. A. Dal y F. Krenc, *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006, pp. 81-89.
- De La Hougue, C., “La Convention Internationale Relative Aux Droits Des Personnes Handicapées”, *6 Droits Fondamentaux* (2006), pp. 1-8.
- De Lorenzo, R., “La Protección Jurídica de las Personas con Discapacidad en el Derecho Internacional”, en M. Ruiz Ortega (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003, pp. 53-83.
- De Lorenzo García, R. y Cabra de Luna, M. A., “El empleo de las personas con discapacidad”, en R. De Lorenzo y L. C. Pérez Bueno (dir.), *Tratado sobre Discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2007, pp. 1135-1207.
- De Salvia, M., “Avancées et limites de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme” en G. A. Dal y F. Krenc (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne handicapée*, Bruselas: Bruylant Droit et Justice, 2006, pp.15-29.
- De Schutter, O., “Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 35-63.
- Decaux, E., “L’Europe A Ses Miroirs”, *1 Droits Fondamentaux* (2001), pp. 31-66.
- Degener, T., “Disabled persons and human rights: the legal framework”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 9-39.
- “International Disability Law – A New Legal Subject on the Rise: The Interregional Experts’ Meeting in Hong Kong, December 13-17, 1999”, *18 Berkeley Journal of International Law* (1999), pp. 180-195.
- “Disability as a Subject of International Human Rights Law and Comparative Discrimination Law”, en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of*

Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 151-184.

Díaz Velázquez, E., “El asociacionismo en el ámbito de la discapacidad. Un análisis crítico”, 2 (2) *Intersticios. Revista sociológica de pensamiento crítico* (2008), pp. 183-196.

Díez-Picazo, L. M., “Glosas a la nueva Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, 5 *Tribunales de Justicia* (2001), pp. 21-28.

Durán Lalaguna, P., “El ejercicio de los derechos humanos y la discapacidad en el marco de Naciones Unidas”, 45 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003), pp. 109-118.

Ellis, K., “Disability rights in practice: the relationship between human rights and social rights in contemporary social care”, 20 (7) *Disability & Society* (2005), pp. 691-704.

Favreau, B., “Les Droits de la Personne Handicapée et la Cour Européene des Droits de l’Homme”, en C. Pettiti y B. Favreau (dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 3-35.

Fernández Liesa, C. R., “Codificación internacional y desarrollo progresivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 85-114.

Fredman, S., “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 199-218.

Garrido Pérez, E., “El tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades”, 59 *Temas Laborales* (2001) pp. 165-192.

Gledhill, K., “Human Rights Instruments and Mental Health Law: The English Experience of the Incorporation of the European Convention on Human Rights”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 359-403.

González de Rivera Serra, X., “El principio de no discriminación a personas con discapacidad en el derecho social comunitario”, *Boletín Jurídico de Derecho.com* (2003), (accesible en <http://www.derecho.com/articulos>).

González Millán, R. y Velo, I., “Los Fondos Estructurales y las Personas con Discapacidad: un camino hacia la igualdad de oportunidades”, en Ruiz Ortega, M. (y otros), *Las Múltiples Dimensiones de la Discapacidad*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 2003, pp. 183-203.

Gostin, L. O., “Human Rights of Persons With Mental Disabilities. The European Convention of Human Rights”, 23 *International Journal of Law and Psychiatry* (2000), pp. 125-159.

- Gostin, L. O. y Gable, L., "Global Mental Health: Changing Norms, Constant Rights", 9 *Georgetown Journal of International Affairs* (2008), pp. 83-92.
- Hale, B., "Justice and equality in mental health law: The European experience", 30 *International Journal of Law and Psychiatry* (2007), pp. 18-28.
- Hammarberg, T., "The rights of disabled childrens – the UN Convention on the rights of the child", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 147-155.
- Henderson, H., "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", 39 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2004), pp. 71-99.
- Hendriks, A., "The significance of equality and non-discrimination for the protection of the rights and dignity of disabled persons", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 40-62.
- "Promoting Disability Equality after the Treaty of Amsterdam: New Legal Directions and Practical Expansion Strategies", en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 187-195.
- Hendriks, A. y Degener, T., "The Evolution of a European Perspective in Disability Legislation", 1 *European Journal of Health Law* (1994), pp. 343-365.
- Hendriks, A. y Waddington, L., "The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to Reasonable Accommodation Discrimination", 18 (3) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2002) pp. 403-427.
- Herr, S. S., "From Wrongs to Rights: Internacional Human Rights and Legal Protection", en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 115-150.
- "Self-Determination, Autonomy, and Alternatives for Guardianship", en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 429 y ss.
- Hosking, D. L., "Great expectations: protection from discrimination because of disability in Community law", 31 *European Law Review* (2006), pp. 667-689.
- Hunt, P. y Mesquita, J., "Mental Disabilities and the Human Right to the Highest Attainable Standard of Health", 28 *Human Rights Quarterly* (2006), pp. 332-356.

- Iwarsson, S. y Sthåhl, A., "Accessibility, usability and universal design – positioning and definition of concepts describing person-environment relationships", 25 (2) *Disability and Rehabilitation* (2003), pp. 57-66.
- Jacqué, J. P., "Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne", en VV. AA., *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruselas: Bruylant, 2004, pp. 1007-1028.
- Jette, A. M., "Toward a Common Language for Function, Disability, and Health", 86 (5) *Physical Therapy* (2006), pp. 726-734.
- Jiménez Buñuales, M. T.; González Diego, P. y Martín Moreno, J. M., "La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) 2001", 76 *Revista Española de Salud Pública* (2002), pp. 271-279.
- Jiménez, H. V. y Vásquez, J., "El derecho internacional, instrumento esencial para la promoción de la salud mental en las Américas", 9 *Revista Panamericana de Salud Pública* (2001), pp. 264-271.
- Jones, M., "Can international law improve mental health? Some thoughts on the proposed convention on the rights of people with disabilities", 28 *International Journal of Law and Psychiatry* (2005), pp. 183-205.
- Jones, M. y Basser Marks, L. A., "Law and the Social Construction of Disability", en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 1-24.
- Jones, R. y Kingdon, D., "Council of Europe recommendation on human rights and psychiatry: a major opportunity for mental health services", 20 (7) *European Psychiatry* (2005), pp. 461-464.
- Justesen, Tracy R. y Justesen, Troy R., "An Analysis of the Development and Adoption of the United Nations Convention Recognizing the Rights of Individuals with Disabilities: Why the United States Refuses to Sign this UN Convention", 14 (2) *Human Rights Brief* (2007), pp. 36-42.
- Kanter, A. S., "The Globalization of Disability Rights Law", 30 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2003), pp. 241-269.
- "The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 287-321.
- Kayess, R. y French, P., "Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 8 (1) *Human Rights Law Review* (2008), pp. 1-34.
- Lang, R., "Human Rights and Disability – New and Dynamic Perspective with the United Nations Convention on Disability", 17 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2006), pp. 3-11.

- Lawson, A., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: New Era or False Dawn?", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 563-619.
- Leonardi, M. (y otros), "The definition of disability: what is in a name?", 368 *The Lancet* (2006), 1219-1221.
- Levav, I., Restrepo, H. y Guerra de Macedo, C., "The Restructuring of Psychiatric Care in Latin America: A New Policy for Mental Health Services", 15(1) *Journal of Public Health Policy* (1994), pp. 71-85.
- Light, R., "Disability and Human Rights: The Persistent Oxymoron", en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp 9-19.
- Lindqvist, B., "Standard Rules in the disability field – a new United Nations instrument", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 63-68.
- Litvak, S. Y Enders, A., "Support Systems: The Interface between Individuals and Environments", en G. Albrecht, K. D. Seelman y M. Bury (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks: Sage Publications, 2001, pp. 711-733.
- López Contreras, M. y Riego Villa, J., "Unión Europea. Introducción", en S. Muñoz Machado y R. de Lorenzo (dir.), *Código Europeo de las Minusvalías*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1996.
- López Martínez, J. y Pérez Lara, J. M., "El estatuto patrimonial del discapacitado: una necesidad", 5 *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (2002), pp. 195-227.
- Loucaides, L., "The role of the European Court of Human Rights in the protection of the rights and dignity of people with disabilities", en Consejo de Europa, *Human Rights-Disability-Children. Towards international instruments for disability rights: the special case of disabled children*, Estrasburgo, COE Publishing, 2005, pp.37-48.
- Luckasson, R., "Terminology and Power", en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 49-58.
- Lutz, B. J. y Bowers, B. J., "Understanding How Disability is Defined and Conceptualized in the Literature", en A. E. Dell Orto y Paul W. Power (ed.), *The Psychological and Social Impact of Illness and Disability*, Nueva York: Springer, 2007, pp. 11-21.
- Mabbett, D., "The Development of Rights-Based Social Policy in the European Union: The Example of Disability Rights", 43 *Journal of Common Market Studies* (2005), pp. 97-120.

- MacKay, D., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 323-331.
- Mangas Martín, A., "Artículo 26. Integración de las Personas Discapacitadas", en A. Mangas Martín (dir.) y L. N. González Alonso (coord.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, pp. 495-469.
- Maravall Gómez-Allende, H., "La protección de los ciudadanos europeos con discapacidad: las políticas sociales de integración y de igualdad de oportunidades", 11 *Revista de Derechos de la Unión Europea* (2006), pp. 195-214.
- Mégret, F., "The Disabilities Convention: Human Rights of Persons with Disabilities or Disability Rights?", 30 *Human Rights Quarterly* (2008), pp. 494-516.
- "The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights", 12 (2) *The International Journal of Human Rights* (2008), pp. 261-277.
- Melish, T. J., "The UN Disability Convention: Historic Process, Strong Prospects, and Why the U.S. Should Ratify", 14 (2) *Human Rights Brief* (2007), pp. 43-47.
- Michailakis, D., "The Standard Rules: a Weak Instrument and a Strong Commitment", en M. Jones y L. A. Bassar Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 117-130.
- Minkowitz, T., "The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to Be Free From Nonconsensual Psychiatric Interventions", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 405-428.
- Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A. M., "La protección de los discapacitados en la Constitución Europea", 57 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2005), pp. 435-454.
- Mosoff, J., "Is the Human Rights Paradigm 'Able' to Include Disability: Who's In Who Wins? What? Why?", 26 *Queen's L. J.* (2000), pp. 225-276.
- MTAS, "Proyectos de Ley de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad y de protección patrimonial de las personas discapacitadas", 45 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2003), pp. 169-179.
- "Conclusiones sobre 2003: Año Europeo de las Personas con Discapacidad", 50 *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (2004), pp. 179-187.
- Murray, B., "Oportunidades de empleo y formación para las personas con discapacidad: papel de la OIT", 137 *Educación Obrera* (2004), pp. 1-11.

- Nagata, K. K., "Key Issues at Global and Regional Levels in the Process Towards the International Convention on Rights of Persons with Disabilities", 15 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2004), pp. 36-44.
- Niveau, G. y Materi, J., "Psychiatric commitment: over 50 years of case law from the European Court of Human Rights", 21 *European Psychiatry* (2006), pp. 427-435.
- Nowak, M. y Suntinger, W., "The right of disabled persons not to be subjected to torture, inhuman and degrading treatment or punishment", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 117-130.
- Oliver, M., "Disability and Dependency: A Creation of Industrial Societies?", en L. Barton, *Disability and Dependency*, Londres: The Falmer Press, 1989, pp. 6-22.
- Palacios, A., "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables", en I. Campoy Cervera (ed.), *Los Derechos de las Personas con Discapacidad: Perspectivas Sociales, Políticas, Jurídicas y Filosóficas*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 187-203.
- Parker, S., "International Justice: the United Nations, Human Rights and Disability", 22 (1) *Journal of Comparative Social Welfare* (2006), pp. 63-78.
- Pérez-Ugena, A., "Perspectiva global de la integración de las personas discapacitadas", en Álvarez Conde, E. y Garrido Mayol, V. (dir.), *Comentarios a la Constitución Europea. Libro II, Los Derechos y Libertades*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, pp. 899-925.
- Perlin, M. L., "International Human Rights Law and Comparative Mental Disability Law: The Universal Factors", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 333-357.
- Peters, S. J., "Education for All? A Historical Analysis of International Inclusive Education Policy and Individuals With Disabilities", 18.2 *Journal of Disability Policy Studies* (2007), pp. 98-108.
- Pettiti, C., "Les Garanties de la Charte Sociale Européene", en C. Pettiti y B. Favreau (dir.), *Handicap et Protection du Droit Européen et Communautaire*, Bruselas: Bruylant, 2006, pp. 61-81.
- Piñol i Rull, J. L., "Artículo 5", en X. Pons Rafols (ed.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona: Icaria, 1998, pp. 150-163.
- Podestà Le Poittevin, G., "Le Conseil de l'Europe et l'integration des personnes handicapées. Initiatives et experiencias", en S. Muñoz Machado (y otros), *La Integración Social de los Minusválidos*, Madrid: Escuela Libre Editorial, 1993, pp. 233-243.

- Price, P. y Takamine, Y., "The Asian and Pacific Decade of Disabled Persons 1993-2002: What have we learned?", 14 *Asia Pacific Disability Rehabilitation Journal* (2003), pp. 115-127.
- Priestley, M., "Constructions and Creations: idealism, materialism and disability theory", 13 *Disability & Society* (1998), pp. 75-94.
- "In search of European disability policy: Between national and global", 1 *Revue Européen de Recherche sur le Handicap* (2007), pp. 61-74.
- Prior, P. M., "Mentally disordered offenders and the European Court of Human Rights", 30 *International Journal of Law and Psychiatry* (2007), pp. 546-557.
- Quinn, G., "The International Covenant on Civil and Political Rights and disability: a conceptual framework", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 69-93.
- "The Human Rights of People with Disabilities under EU Law", en P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1999, pp. 281-326.
- "Closing: Next Steps Towards a United Nations Treaty on the Rights of Persons with Disabilities", en P. Blanck, *Disability Rights*, Trowbridge: Ashgate, The International Library of Essays on Rights, 2005, pp. 519-541.
- "The European Social Charter and EU Anti-discrimination Law in the Field of Disability: Two Gravitational Fields with One Common Purpose", en G. de Búrca y B. de Witte (eds.), *Social Rights in Europe*, Nueva York: Oxford University Press, 2005, pp. 279-304.
- Quinn, G. y Degener, T., "A Survey of International, Comparative and Regional Disability Law Reform", en M. L. Breslin y S. Yee (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002, pp. 3-125.
- Redley, M., "Citizens with learning disabilities and the right to vote", 23 (4) *Disability & Society* (2008), pp 375-384.
- Rioux, M. y Carbert, A., "Human Rights and Disability: The International Context", 10 (2) *Journal of Developmental Disabilities* (2003), pp. 1-14.
- Rosenthal, E. y L. S. Rubenstein, "International Human Rights Advocacy under the «Principles for the Protection of Persons with Mental Illness»", 16 (3-4) *International Journal of Law and Psychiatry* (1993), pp. 257-300.
- Rosenthal, E. y Sundram, C. J., "Recognizing Existing Rights and Crafting New Ones: Tools for Drafting Human Rights Instruments for People with Mental Disabilities", en S. S. Herr; L. O. Gostin y H. H. Koh, *The Human Rights of Persons with Intellectual Disabilities. Different but Equal*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 467-501.

- Saleh, L., "Desde Torremolinos a Salamanca y más allá. Un tributo a España", en G. Echeita Sarrionandia y M. A. Verdugo Alonso (coord.), *La Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales 10 años después : valoración y prospectiva*, Salamanca: Publicaciones del INICO, 2004, pp. 23-33.
- Salvioli, F., "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos", 39 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2004), pp. 101-167.
- Sanjosé Gil, A., "El primer tratado de derechos humanos del siglo XXI: la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad", 13 *REEI* (2007), pp. 1-26.
- "Situación del Proyecto de Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad", en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 115-145.
- Sanz Caballero, S., "El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate", 31 *Cuadernos Europeos de Deusto* (2004), pp. 157-181.
- Sarapas, A. R., "Les droits des personnes handicapées dans le domaine des transports européens", 439 *Revue du Marché commun et de l'Union Européenne* (2000), pp. 395-406.
- Schalock, R. L., "Hacia una nueva concepción de la discapacidad", en M. A. Verdugo Alonso y F. B. Jordán de Urriés Vega (coord.), *Hacia una nueva concepción de la discapacidad*, Salamanca: Amarú, 1998, pp. 79-109.
- Schoonheim, J. y Ruebain, P., "Reflections on Inclusion and Accommodation in Childhood Education: From International Standard Setting to National Implementation", en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 163-185.
- Schwartz, M., "Deafness in Vietnam: Will the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities Make a Difference?", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 483-515.
- Scott, W., "Guide to Sources in International and Comparative Disability Law", 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 621-671.
- Seoane Rodríguez, J. A., "Derecho y personas con discapacidad. Hacia un nuevo paradigma", 35 (209) *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* (2004), pp. 20-50.
- "El significado de la Ley Básica de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación", 12 *Revista Derecho y Salud* (2004), pp. 41-60.
- Shah, S., "Special or mainstream? The views of disabled students", 22 (4) *Research Papers in Education* (2007), pp. 425-442.

- Shakespeare, T., "What is a Disabled Person?", en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 25-33.
- Shakespeare, T. y Watson, N., "The Social Model of Disability: an Outdated Ideology?", en S. N. Barnartt y B. M. Altman, *Exploring Theories and Expanding Methodologies. Where We Are and Where We Need to Go*, Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2001, pp. 9-28.
- Smart, J. F., "The Promise of the International Classification of Functioning, Disability, and Health (ICF)", en A. E. Dell Orto y Paul W. Power (ed.), *The Psychological and Social Impact of Illness and Disability*, Nueva York: Springer, 2007, pp. 582-595.
- Stein, M. A., "Disability Human Rights", 95 (1) *California Law Review* (2007), pp.75-122.
- Stucki, G., Cieza, A. y Melvin, J., "The International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF): A unifying model for the conceptual description of the rehabilitation strategy", 39 *Journal of Rehabilitation Medicine* (2007), pp. 279-285.
- Thomas, C., "Disability Theory: Key Ideas, Issues and Thinkers", en C. Barnes, M. Oliver, M. y L. Barton (eds.), *Disability Studies Today*, Cambridge: Polity Press, 2002, pp. 38-57.
- Thüsing, G., "Following the U.S. Example: European Employment Discrimination Law and the Impact of Council Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC", 19 (2) *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* (2003) pp. 187-218.
- Tomasevski, K., "The right to health for people with disabilities", en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 131-146.
- Trinidad Núñez, P., "La protección de las personas con discapacidad en el seno de la Organización Internacional del Trabajo", en C. R. Fernández Liesa (ed.), *La protección internacional de las personas con discapacidad*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 2007, pp. 147-163.
- Valls, I., "Artículo 6", en X. Pons Rafols (ed.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Barcelona: Icaria, 1998, pp. 164-173.
- Varney, E., "Social Regulation in the Air Transport Industry – An Examination of Regulation 1107/2006 concerning the Rights of Disabled Persons and Persons with Reduced Mobility when travelling by Air", en 28 (2) *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (2007), pp. 191-201.
- Verdugo Alonso, M. A., "La concepción de discapacidad en los modelos sociales", en M. A. Verdugo Alonso y F. B. Jordán de Urríes Vega (coor.), *Investigación, Innovación y*

Cambio. V Jornadas Científicas de Investigación sobre personas con discapacidad, Salamanca: Amarú, 2003, pp. 235-247.

Vida Soria, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en O. Alzaga, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid: Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pp. 357-364.

Visier, L., “Relaciones laborales en los sistemas de trabajo protegido para personas minusválidas”, 117 (3) *Revista Internacional del Trabajo* (1998), pp. 371-390.

Waddington, L., “A European right to employment for disabled people?”, en T. Degener y Y. Koster-Dreese (ed.), *Human Rights and Disabled Persons. Essays and Relevant Human Rights Instruments*, Dordrecht, Boston y Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 106-116.

“The European Community’s Response to Disability”, en M. Jones y L. A. Basser Marks, *Disability, Diversity and Legal Change*, La Haya: Martin Nijhoff Publishers, International Studies on Human Rights, 1999, pp. 139-151.

“Implementing the Disability Provisions of the Framework Employment Directive: Room for exercising National Discretion”, en A. Lawson y C. Gooding, *Disability Rights in Europe. From theory to practice*, Oxford y Portland (Oregon): Hart Publishing, 2005, pp. 107-134.

Waddington, L. y Diller, M., “Tensions and Coherence in Disability Policy: The Uneasy Relationship Between Social Welfare and Civil Rights Models of Disability in American, European and International Employment Law”, en M. L. Breslin y S. Yee (eds.), *Disability Rights and Policy. International and National Perspectives*, Ardsley: Transnational Publishers, 2002, pp. 241-280.

Whittle, R., “Disability Rights after Amsterdam: the way forward”, 1 *European Human Rights Law Review* (2000) pp. 33-48.

“The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective”, 27 (3) *European Law Review* (2002) pp. 303-326.

Zhang, E. G., “Employment of People with Disabilities: International Standards and Domestic Legislation and Practices in China”, 34 *Syracuse Journal of International Law and Commerce* (2007), pp. 517-561.

Zifcak, S., “The United Nations Principles for the Protection of People with Mental Illness: Applications and Limitations”, 3 (1) *Psychiatry, Psychology and Law* (1996), pp. 1-9.

Zolkowska, T.; Kasior-Szerszen, I. y Blaszkiewicz, I., “European Union Policy Toward People with Disabilities”, 22 (4) *Disability Studies Quarterly* (2002), pp. 217-224.

4 COMUNICACIONES Y PAPERS

- Dayé, C., Hansen, G. y Panek, P., “Assistive Technology for Persons with Disabilities and Older People with Impaired Mobility”, *paper* presentado en la conferencia *Ageing and Disability. Disabled people are ageing - ageing people are becoming disabled*, celebrada en Graz, Austria, los días 8 y 9 de junio de 2006 (accesible en <http://www.ageing-and-disability.com>).
- Dube, T. (y otros), “Promoting Inclusion? Disabled people, legislation and public policy”, *Disability Knowledge and Research Papers* (2005), (accesible en http://www.disabilitykar.net/docs/thematic_legis.doc).
- Lawson, A., “The EU Rights Based Approach to Disability: Some Strategies for Shapping an Inclusive Society”, comunicación presentada en la *Commission Conference in Sofia*, del 9 al 11 de diciembre de 2004, Sofía, Bulgaria, 2004 (accesible en www.make-development-inclusive.org/docsen/RBADisability.pdf).
- Mabbett, D. y Bolderson, H., “A Significant Step Forward? EU Social Policy and the Development of a Rights-based Strategy for Disabled People”, comunicación presentada en la *Annual Social Policy Association Conference*, del 24 al 26 de julio de 2001, Queen’s University of Belfast, Irlanda, 2001.
- Quinn, G., “The UN Human Rights of Persons with Disabilities Treaty: A Blueprint for Disability Law & Policy Research and Reform”, comunicación presentada el 16 de noviembre de 2006 en la *National Disability Authority Annual Research Conference*, 2006 (accesible en www.nuigalway.ie/law/documents/working/2%20CPS%202006.pdf).
- Waddington, L., “A New Era in Human Rights Protection in the European Community: The Implications the United Nations’ Convention on the Rights of Persons with Disabilities for the European Community”, *4 Maastricht Faculty of Law Working Paper* (2007), pp. 1-25 (accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1026581#).

SITIOS WEB DE INTERÉS

Sitio sobre discapacidad de Naciones Unidas:

<http://www.un.org/spanish/disabilities/>

Sitio sobre discapacidad de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

<http://www2.ohchr.org/english/issues/disability/>

Sitio sobre discapacidad del Consejo de Europa:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=429&langId=en>

Sitio sobre discapacidad de la Unión Europea:

<http://www.coe.int/t/dc/files/themes/handicap/>

Sitio sobre discapacidad de la Organización Mundial del Trabajo:

<http://www.ilo.org/public/spanish/employment/skills/disability/>

Sitio sobre discapacidad de la Organización Mundial de la Salud:

<http://www.who.int/topics/disabilities/es/>

Sitio sobre discapacidad del Banco Mundial:

<http://go.worldbank.org/0GWEU0VOY0>

Sitio del Centre for Disability Studies de la Universidad de Leeds:

<http://www.leeds.ac.uk/disability-studies/>

Sitio del Proyecto sobre discapacidad de la Harvard Law School:

<http://www.hpod.org/>

Sitio del Center on Human Policy, Law, and Disability Studies de la Syracuse University:

<http://disabilitystudies.syr.edu/>

Sitio del Foro Europeo de la Discapacidad:

<http://www.edf-feph.org/>

Sitio de Inclusión Internacional:

www.inclusion-international.org/sp

Sitio del CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad):

<http://www.cermi.es/cermi/>

Sitio del Real Patronato sobre Discapacidad:

<http://www.rpd.es/>

Sitio del Servicio de Información sobre Discapacidad:

<http://sid.usal.es/>