

LA DISCAPACIDAD COMO DERECHO HUMANO. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *El ámbito constitucional de la discapacidad.* III. *¿La discapacidad en cuanto “nuevo derecho”?* IV. *La proyección normativa del modelo social de la discapacidad en el caso español.* V. *Algunos problemas para el debate desde el derecho constitucional.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Existen, a escala mundial, alrededor de mil millones de personas —el 15% de la población— con algún problema de discapacidad, ya sea de orden físico, sensorial o psíquico, y que, al margen del país en el que habitan, sus vidas se encuentran limitadas teniendo serias dificultades para superar los obstáculos a los que cada día deben enfrentarse: físicos, institucionales, jurídicos, políticos, económicos, sociales, culturales... La situación especialmente vulnerable en que se encuentran las personas con discapacidad es aún más preocupante en los países emergentes o en vías de desarrollo, en donde la discriminación que sufren es más perceptible a causa de prejuicios derivados de una cultura y educación donde los discapacitados deben superar serios problemas para ocupar el lugar que social y jurídicamente les corresponde.

El movimiento por los derechos de los discapacitados, encabezado por personas que sufrían alguna discapacidad, comenzó en la década de los años setenta y culminó el 13 de diciembre de 2006, fecha en la que las Naciones Unidas acordaron formalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trata del primer tratado del sistema de derechos humanos del siglo XXI que tiene como objetivos proteger y reforzar

* El presente trabajo de investigación forma parte del Proyecto I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación que lleva por título: “Discapacidad, dependencia y derecho: adaptación del ordenamiento jurídico en pro de una protección adecuada”. Referencia: DER 2009–13095. Años 2010-2012. Investigador principal: doctor D. J. A. Martín Pérez.

los derechos y la igualdad de oportunidades de todos los discapacitados. El interés de las Naciones Unidas por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad halla sus orígenes en los principios fundacionales de dicha organización internacional basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igual dignidad de todos los seres humanos. Por lo antes dicho los países firmantes de la citada Convención deberán adoptar nuevas leyes nacionales y derogar normas caducas para que las personas con discapacidad puedan gozar de los mismos derechos que los capaces en todos los ámbitos de la vida social, jurídica, política, económica, cultural... En el mismo sentido las Naciones Unidas en 1976 fijaron el año 1981 como Año Internacional para las personas con Discapacidad. La Década de las Personas con Discapacidad (ONU, 1983-1993) ofreció un Programa Mundial de Acción Referente a las Personas con Discapacidad.

El problema planteado en torno a la discapacidad es muy amplio e interdisciplinar y una aproximación a su conocimiento y situación actuales obliga a poner el acento en el tratamiento jurídico del tema. Pero este punto de vista, que es bastante reciente en el tiempo, no se comprende con precisión si previamente no se aportan más ideas básicas desde la perspectiva social y médica del problema y sus distintos enfoques. Desde el enfoque social la discapacidad se considera como un problema que debe ser solucionado mediante la completa integración de los individuos en la sociedad, incluyendo los derechos de la persona con discapacidad. Desde esta perspectiva, la discapacidad ha sido considerada como una “no cualidad” del ser humano, como un conjunto de las condiciones, creadas en su mayor parte por el ambiente social, siendo la acción de la sociedad la que debe dar una respuesta colectiva al problema, haciendo las modificaciones ambientales necesarias para que los discapacitados puedan lograr una participación completa, en cuanto personas, en todos los ámbitos de la vida social. Se requiere, por tanto, un cambio social en las actitudes y en las ideas que se consolidará en el nivel político como una cuestión de derechos humanos. La mayor desigualdad se aprecia en la desinformación sobre los problemas que afectan a las personas discapacitadas y que impiden que se aproximen y eliminen distancias con los no discapacitados. Las tecnologías de apoyo han de ser utilizadas para eliminar las barreras y lograr la igualdad de oportunidades entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad.

Desde un punto de vista médico la discapacidad se ha visto como una enfermedad que causa una deficiencia, un trauma o una serie de limitaciones que impiden gozar de una salud plena y que por ello requiere de una asistencia médica sostenida que debe ser proporcionada por los profesionales del ramo bajo la forma de tratamiento individual. La discapacidad

es considerada, pues, como un problema individual que implica que quien la sufre es una persona minusválida. El objetivo médico persigue un ajuste y un cambio del comportamiento del individuo que trate de conseguir la curación eficaz. De este modo la asistencia médica es vista como el determinante principal que en el ámbito político conlleva una respuesta de modificación o reforma del sistema sanitario. En este sentido existen distintos tipos de discapacidad que requieren respuestas médicas y sociales diferenciadas: físicas, psíquica, sensorial e intelectual y mental.

El análisis jurídico de la discapacidad obliga a situarnos en el tiempo en el último tercio del siglo XX; fechas en las cuales cambiaron de enfoque los criterios jurídicos que regían la materia. Hasta ese momento el tratamiento del problema se fijaba en el derecho privado y quedaba enmarcado en la construcción civilista sobre la capacidad jurídica. Durante varios siglos el problema de la discapacidad carecía de entidad propia y era definido en sentido negativo, relacionándolo con la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se trataba de un estatus jurídico caracterizado por la ausencia de plena autonomía de la voluntad. Jurídicamente el término utilizado era “incapacidad” por contraposición al de capacidad jurídica. Destaca el interés jurídico por garantizar el tráfico jurídico civil y mercantil en el cual solo podían participar personas que fuesen plenamente capaces para intervenir en dicho ámbito. El resto, si carecían de la precitada capacidad, actuarían por personas interpuestas, es decir, por medio de representantes. Lo demás era un problema que no se encuadraba en los parámetros de la actuación estatal; no se trataba el tema desde el enfoque de los derechos y libertades y en las relaciones sociedad-Estado no tenían cabida los discapacitados. Al organizarse el sector público con parámetros esencialmente liberales decimonónicos, se creó una política de exclusión del tráfico jurídico de aquellas personas que, desde un punto de vista médico, pudieran ser consideradas incapaces psíquicamente. De este modo se fue estableciendo una política de creación jurídico formal de incapaces (como, por ejemplo, los menores de edad o las mujeres casadas) que carecía de justificación desde un punto de vista físico o psíquico.¹

Así las cosas cuando la discapacidad era objeto de atención pública se ubicaba en una política paternalista del Estado, era una cuestión de buena voluntad. Los poderes públicos creaban centros e instituciones para atender a las situaciones de una mayor necesidad que encajaban en el ámbito de la “beneficencia” percibida como algo excepcional y voluntario al margen de

¹ Presno Linera, M. A. y Gang Sarlet, I. (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, principiado de Asturias, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, pp. 81 y 82.

las políticas públicas de prestaciones sociales para atender las situaciones de discapacidad. Es en el último tercio del siglo XX cuando se produce un cambio de percepción en el problema de la discapacidad; así se pasa del entendimiento civilista del problema a una comprensión constitucional del mismo. Por ello surge la pretensión de que la salud es un problema público que debe ser tratado en el ámbito de actuación estatal. En democracia el tema de la salud exige que todos, al margen de la salud personal, formemos parte, en cuanto ciudadanos, de la cosa pública organizados en un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 de la CE), en el cual nada de lo humano debe ser analizado fuera de la cosa pública. Los basamentos de nuestro modelo estatal se tambalearían si no se da la necesaria preocupación y atención a los ciudadanos que se encuentran en condiciones menos favorables para ejercer los derechos que le otorga su ciudadanía.

No podemos menos que hacer hincapié en que la discapacidad es una de las situaciones que limitan esos derechos, y por ello exige la intervención del sector público, que no debe limitarse a suministrar protección, sino que debe articularse como el cumplimiento de los derechos que le corresponden al discapaz, de cara a su integración. Solo así serán erradicados el aislamiento y la discriminación social.²

II. EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA DISCAPACIDAD

Las Constituciones, en cuanto normas supremas del ordenamiento jurídico y estatuto jurídico de lo político, encierran, en la actualidad, una pretensión de estabilidad al mismo tiempo que un anhelo de dinamicidad para proporcionar cambios en el seno de lo político. Al ser, pues, un orden abierto, nos encontramos ante un código que es ley fundamental del Estado, y también lo es de la sociedad, fijando las bases esenciales del Estado y los principios más relevantes de una sociedad abierta y bien ordenada en el marco del pluralismo social, de los fenómenos organizativos supranacionales o de la globalización económica.

Ante tan importantes retos constitucionales es necesario preguntarnos por las herramientas que aporta y las soluciones que ofrece la fase evolutiva de la forma política estatal que denominamos Estado social. En dicho modelo, antes que respuestas, hallamos objetivos y técnicas que nos encaminan a la consecución de la finalidad última de la acción política, la cual podría ser calificada como “calidad de vida”; término éste acuñado en el Preámbulo constitucional y en los artículos 45 y 129 de dicha norma suprema del

² Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 84 y ss.

ordenamiento jurídico. El carácter abierto de nuestra Constitución de 1978 se aprecia en que reconoce y garantiza los derechos humanos y regula los procesos políticos entre el Estado y la sociedad civil, coadyuvando a conseguir una sociedad democrática avanzada. Se trataría de conseguir un progreso equilibrado en el cual se optimizarían los distintos valores tratando de perjudicar lo menos posible la totalidad de los contenidos constitucionales.³ Dicha apertura hacia dentro supone la receptividad de otros ordenamientos diferenciados, como el derecho natural (artículo 10.1 de la CE) o el derecho internacional (artículos 10.2 y 93 y ss. de la CE). La apertura hacia fuera viene exigida por el reconocimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (artículo 1.1 de la CE) y de la dignidad de la persona humana, así como de los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10.1 de la CE). Este mismo precepto eleva la dignidad de la persona a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social, precisando su rango de principio rector supremo del ordenamiento jurídico. La dignidad debe ser traducida como la libre capacidad de autodeterminación personal impidiendo hacer del ser humano un objeto de la acción estatal. Además, en el supuesto español es la fuente de todos los derechos, que son limitados, a diferencia de la dignidad, que es un valor absoluto proyectado sobre los derechos constitucionalizados, configurando así un contenido mínimo invulnerable que todo estatus jurídico debe asegurar. Esto es así porque los derechos fundamentales siempre se han mostrado refractarios a la ley y a su propio reconocimiento por parte de instrumentos jurídico-positivos. Quizá esto sea debido a la fuerte impronta iusnaturalista que está en su origen o quizá por la función política que están llamados a desempeñar como límites a todo poder. De ahí el deseo persistente de los derechos por ser mantenidos al margen y por encima de toda legislación y a veces hasta de la propia Constitución.⁴

También, entre los valores vigentes en la sociedad actual y presentes en los nuevos textos constitucionales, merece especial mención el valor de la igualdad que en el supuesto español no destaca únicamente en el plano axiológico

³ En este sentido, son de obligada lectura las ideas que expone Torres del Moral, A., *Estado de derecho y democracia de partidos*, 3a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2010, pp. 84-86.

⁴ Cfr. entre otros trabajos interesantes sobre el tema a Fernández Segado, F., “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995, pp. 49-80. Del mismo autor “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, núm. 2, mayo de 2003, pp. 201 y ss. En un sentido similar véase Prieto Sanchís, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, en especial las pp. 214 y ss.

(artículo 1o. de la CE) sino también en su dimensión material (artículo 9.2 de la CE) y en su aspecto formal (artículo 14 de la CE) y territorial (artículos 138.2 y 139 de la CE). Para alcanzar el equilibrio que requiere el objetivo de la igualdad, como valor, principio o derecho, se debe poner el acento en la interdicción de la arbitrariedad en cuanto núcleo esencial del Estado social.⁵ Por ello, el título I de nuestra carta magna reconoció con carácter exhaustivo gran número de derechos con sus garantías correspondientes y estableció un catálogo determinado de obligaciones jurídicas dirigidas a los poderes públicos y a los ciudadanos. Se trata de obligaciones superiores del ordenamiento jurídico español que se desarrollan en una serie de obligaciones constitucionales. En dicho ámbito ubicamos las disposiciones contenidas en el capítulo III del título I de la CE, que regula *los principios rectores de la política social y económica* considerados como fines del Estado social y democrático de derecho; por todo ello están en estrecha conexión con el significado final de las obligaciones promocionales que encuentran su formulación expresa en el artículo 9.2 de la CE. Los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica son una concreción de este precepto, constituyendo un conjunto de obligaciones constitucionales reconducibles a tres categorías de obligaciones promocionales: de promover, de remover y de facilitar. Entre las obligaciones constitucionales de promover se encuentra el artículo 49 que establece lo siguiente:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

No existen precedentes directos de esta norma en nuestro derecho histórico constitucional, y se aprecia la influencia del derecho comparado, en especial el artículo 38 de la Constitución Italiana de 1947, del Preámbulo de la Constitución de la IV República francesa declarado en vigor por la Constitución de 1958, y del artículo 71 de la Constitución portuguesa de 1976. Observamos que en todos los textos precitados se utilizan los términos “incapacitado” e “incapacidad”, así como el de “deficientes”. El precepto apareció ya recogido en el Anteproyecto de Constitución (*BOC* del 5 de enero de 1978) con la numeración de artículo 42, y su contenido fue ampliado por las enmiendas aceptadas en sede de la Ponencia. La Comisión en su Dictamen mantiene el texto de la Ponencia y la misma numeración. También el

⁵ Ampliamente desarrolla este tema Balaguer Callejón, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 191 y ss.

Pleno del Congreso aprobó el precepto tal y como le llegó de la Comisión y lo remitió a la Cámara alta. Fue la Comisión de Constitución del Senado la que cambió la numeración del artículo, pasando a ser el artículo 49, introduciendo también algunas enmiendas. El Pleno del Senado mantuvo la numeración y el texto del Dictamen de la Comisión de Constitución y fue la Comisión Mixta Congreso-Senado (*BOC* del 28 de octubre de 1978), la que acordó la redacción definitiva del precepto.⁶

Así pues, salvo concretas modificaciones introducidas con posterioridad, el contenido del artículo en cuestión quedó fijado por la Ponencia del Congreso de los Diputados que aceptó ciertas enmiendas formuladas al texto que figuraba en el Anteproyecto de Constitución. No abundan los debates sobre este tema, ni en el Congreso ni en Senado, pero ello no fue debido a una falta de interés por el problema de los disminuidos, sino como una manifestación de la solidaridad de nuestros parlamentarios con la Ponencia del Congreso de los Diputados. Destaca la enmienda num. 4, presentada por el Señor De Mendizábal y Uriarte, que añadía una referencia a *disminuidos sensoriales*, precisando que se perseguía la finalidad de “lograr su más efectiva participación posible en la vida política, económica, cultural y social”.⁷

El artículo 49 de la CE delimita el elemento subjetivo y el imperativo de la norma a desarrollar. Los destinatarios son los poderes públicos que deben realizar tres modalidades de actuación en beneficio de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos: especial protección, medidas de integración y amparo para el disfrute de los derechos. El primer objetivo pretende reconocer a los disminuidos como beneficiarios de un conjunto de medidas asistenciales en sentido estricto. El segundo de los objetivos persigue su inserción práctica en el medio social. Y el tercer objetivo requiere el establecimiento de las condiciones necesarias para que los disminuidos puedan disfrutar de los derechos contenidos en el título I y de los que son titulares en igualdad con el resto de los ciudadanos.

La Constitución ordena a los poderes públicos una determinada política social que ha de tener por objeto la previsión, el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Así, se establecen los medios y las finalidades de la política a realizar; los medios se traducen en medidas asistenciales, sanitarias y educativas. Las finalidades se cifran en prevenir, tratar y rehabilitar a los disminuidos. Pero también

⁶ Gálvez Montes, F. J., “Comentario al artículo 49 de la Constitución Española”, en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 935 y ss.

⁷ Vida Soria, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en Garrido Falla, F. I. (dir.), obra colectiva dirigida por Alzaga Villaamil O., *Comentarios a las leyes políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1984, t. IV, pp. 366 y ss.

deben prestar a los titulares de estos derechos la atención especializada que requieran. Ello obliga a delimitar el elemento subjetivo y objetivo de la atención especializada; así, los beneficiarios de las políticas públicas son quienes sufren disminución en las capacidades físicas, sensoriales o psíquicas. Basta la concurrencia de uno de los supuestos para ser beneficiario de la acción pública. Pero las acciones protectoras a favor de los disminuidos no deberán traducirse en perjuicios para las personas que no encajan en los supuestos del artículo 49 de la CE.⁸

Las garantías de los principios rectores de la política social y económica (artículos 39-52 de la CE), entre los que se encuentra el artículo 49, están debilitadas frente al resto de los derechos y libertades fundamentales (artículo 53 de la CE) y pueden a veces resultar insuficientes. En sede de la Ponencia del Congreso fueron rechazadas las enmiendas que proponían reforzar las garantías para el disfrute de los derechos de los disminuidos. La Ponencia las rechazó alegando el carácter general y de norma marco del precepto constitucional, que debería ser posteriormente desarrollado y concretado en disposiciones normativas de rango inferior. Ahí es donde caben las acciones positivas que otorguen la igualdad niveladora entre los ciudadanos capacitados y los que sufren alguna discapacidad.

Apreciamos, pues, gracias al marco normativo constitucional que hemos expuesto, que de la exclusión social de los discapacitados que se correspondía con la visión liberal decimonónica de un ser humano con taras, se pasa a la visión democrática que considera al discapaz como una persona/ciudadano al cual los poderes públicos están obligados a preservar el ejercicio de sus derechos. Por ello, desde la situación jurídica creada por el derecho privado para las situaciones de incapacidad pasamos a la identificación de situaciones incapacitantes que el Estado debe necesariamente remover o solventar. De este modo del ocultamiento o desconocimiento legal de los incapacitados pasamos a establecer su visibilidad social y a garantizar su estatus de sujetos titulares de derechos a nivel constitucional.⁹

La defensa de los valores que hallan su protección en el ámbito de los derechos y libertades debe contemplarse desde una óptica multidisciplinar, aunque necesariamente el punto de partida adopte una perspectiva constitucional, porque las posibles vulneraciones de un derecho encuentran en nuestra disciplina el grado más elevado de protección. Por ello, la protección constitucional de la discapacidad, más allá de los esquemas clásicos que

⁸ Pulido Quevedo, M., *La Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1993. Y, en concreto el comentario a los artículos 49 y 50, pp. 925 y ss.

⁹ Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 89 y ss.

se utilizan en el ámbito jurídico, obliga a introducir en su estudio elementos sociales y humanísticos que le doten del impulso necesario para lograr una mejor calidad de vida y de la convivencia social y política. Ello se puede conseguir desde una doble perspectiva integradora: la importancia equiparable de todos los derechos y la protección integral de la persona que supera el ámbito de la garantía jurisdiccional de sus derechos. Solo así se logrará hacer efectiva la protección específica de los colectivos especialmente vulnerables en nuestra realidad social y jurídica.¹⁰

III. ¿LA DISCAPACIDAD EN CUANTO “NUEVO DERECHO”?

Si defendemos el principio de la misma importancia de todos los derechos y libertades evitaríamos su división en distintas categorías de derechos y ganaríamos al optimizar sus instrumentos de protección y garantías. Nuestra Constitución y la realidad social y política que vivimos ponen de manifiesto la menor relevancia de los derechos sociales en cuanto a su reconocimiento y mecanismos garantizadores. Aceptando el principio de indivisibilidad de los derechos, que proporciona una visión global de los mismos, si fallasen los mecanismos particulares de protección se resentiría el sistema. Pero si los ligamos por medio del nexo de unión, que consiste en lograr el equilibrio al servicio de la igualdad, la debida protección y sus garantías estarán aseguradas en el sistema general de protección. El principio de la igualdad material obliga a que el carácter prestacional de los derechos sociales se aprecie con mayor intensidad en relación con quienes son considerados más vulnerables. Además, la protección integral de la persona, exigida por el objetivo constitucional del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE), obliga a otorgarle una dimensión más amplia que el contenido de sus propios derechos; estos cobran vida autónoma gracias a su titular.¹¹

Y, aunque el derecho por sí mismo no pueda solventar todos los problemas en que se encuentran los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad, sí contribuye a sentar las bases que generen un cierto clima de seguridad. En estas situaciones, el derecho constitucional es necesario, aunque no sea suficiente. Basta con observar el capítulo III del título I de la CE,

¹⁰ Al respecto puede consultarse el trabajo de Alegre Martínez, M. A., “Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 80, enero-abril de 2011, pp. 62 y 63.

¹¹ Es de obligada consulta por sus agudas apreciaciones el trabajo de García Herrera, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58 y 59. Monográfico sobre *Balace de la Constitución en su XXV Aniversario*, Madrid, UNED, 2003-2004, pp. 303 y ss.

dedicado a regular los *principios rectores de la política social y económica*. En estos fines del Estado social halla su traducción jurídica y su proyección práctica *la consecución de un orden económico y social justo* y el *aseguramiento a todos de una digna calidad de vida*; estos son objetivos que el Preámbulo constitucional encomienda a la actuación de los poderes públicos. La referencia constitucional dentro de este capítulo, entre otros colectivos, a las personas con discapacidad (artículo 49 de la CE) es buena prueba del interés del constituyente por encontrar un lugar en el marco de la norma suprema a las distintas situaciones de desprotección y vulnerabilidad, incluyendo respecto de ellas las garantías previstas en el artículo 53.3 de la CE: *informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*.¹²

Lo expuesto hasta ahora, en las páginas precedentes, alude a la persona individual y a la necesidad de garantizar las situaciones de vulnerabilidad en que pueda hallarse. Pero los colectivos en situaciones de riesgo son plurales, están compuestos por personas; de ahí que la alusión a los derechos de los más vulnerables nos lleve necesariamente al tema de los derechos colectivos, categoría asociada a la materialización de un supuesto derecho a la diferencia o a la consideración de los mismos como derechos contrapuestos a los derechos individuales. Se trata de una técnica elaborada y puesta en funcionamiento para una mayor eficacia de los derechos fundamentales de carácter individual. El tema ha suscitado el debate de la doctrina y ha obtenido pronunciamientos puntuales del Tribunal Constitucional; deduciendo en general que la atribución de derechos fundamentales a entes colectivos no busca otra cosa que la mayor efectividad de los derechos individuales ejercidos a través de los grupos en los que nos integramos (artículo 9.2 de la CE).¹³

Así pues, la discusión sobre las nuevas generaciones de derechos, que arrancan de las ya existentes, conduce al problema de los derechos colectivos que comprenden tanto los derechos sociales como los derechos de los grupos, en especial los de las minorías. El respeto a los grupos queda reducido al respeto del derecho individual a la pertenencia a un grupo. Destaca-

¹² Tajadura Tejada, J., “Los principios rectores de la política social y económica”, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 32 y ss.

¹³ Entre otros Solozábal Echavarría, J. J., “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas INAP, núm. 12, 2001, pp. 99 y ss. También el trabajo de Ansuátegui Roig, F. J. (coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001. En nuestra Constitución no existe una cláusula general de atribución de derechos fundamentales a las personas jurídicas pero el Tribunal Constitucional en alguna sentencia sí ha admitido esa posibilidad (por ejemplo, en la STC 64/88 del 12 de abril), y la CE, como sucede en el artículo 16, reconoce explícitamente derechos de titularidad colectiva a las confesiones religiosas o a las personas jurídicas que fundan un centro educativo...

mos, pues, el carácter individual de los derechos humanos que se fundamentan en la dignidad de la persona. Esta consideración puede ser aplicada a la protección de los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad, pues si el objetivo consiste en corregir desigualdades, no podemos proclamar la materialización de un derecho a la diferencia.¹⁴

Pero, no deja de ser cierto que es creciente el número de derechos y libertades que las Constituciones han ido reconociendo como consecuencia de un proceso cada vez más exigente de la individualidad y de los derechos y libertades de la persona. La expresión “generaciones de derechos” obedece a que la plasmación normativa de los derechos y libertades es fruto de un proceso evolutivo a lo largo del tiempo para dar solución a nuevas necesidades y aspiraciones que van surgiendo y que se van planteando una vez que han sido resueltas las anteriores. También la constitucionalización de los derechos demuestra el deseo de elevar al máximo rango normativo su reconocimiento y garantías y expresa la insuficiencia del enfoque iusprivatista para la comprensión de los denominados derechos de la personalidad. Por ello, si se trata de garantizar una verdadera protección constitucional de los nuevos derechos, quienes los proponen deben apostar por la reforma constitucional, y si dichos derechos ya están incluidos en una carta de derechos hay que convencer a los operadores jurídicos para que los reconozcan bajo el enunciado de alguno de los ya previstos explícitamente. Las dificultades políticas son considerables, pues los proponentes de un nuevo derecho suelen pensar que el proceso garantizador a nivel constitucional sería largo en el tiempo y conllevaría más esfuerzos que introducir esa disposición jurídica en el texto constitucional con el rango y el nivel que se pretende.¹⁵

¹⁴ Alegre Martínez, M.A., *op. cit.*, p. 71; el autor se hace eco de las opiniones de J. A. Marina y M. de la Válgoma en su trabajo: *La lucha por la dignidad (teoría de la felicidad política)*, Barcelona, Anagrama, 2000, pp. 145 y ss. Se afirma, por parte de los autores citados, que “la lucha por la no discriminación es más universal y está mejor fundada que la reivindicación de la diferencia. Puesto que los derechos fundamentales se poseen por participar de la naturaleza humana. Ésta es la gran percha, el gancho trascendental del que dependen los derechos a la diferencia. No al revés. Las otras alternativas son peligrosas. Si se poseen derechos por poseer un rasgo no universal —el sexo, el color, la raza, la clase, la religión— estamos sometidos irremediabilmente al dominio de la fuerza. Siempre es la fuerza la que impone la discriminación injusta”.

¹⁵ Sobre el tema Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995, pp. 9 y ss. También Gavara de Cara, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Librería Bosch, 2010, pp. 129 y ss. En un sentido similar puede consultarse el trabajo de Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 261 y ss.

Debemos estar, pues, atentos ante la evidente proliferación de nuevos derechos proclamados en los textos constitucionales y en los documentos internacionales producidos por nuevas situaciones que generan nuevas expectativas. Estos derechos cuyo fin último se halla en la satisfacción de necesidades básicas son derechos sociales que tienen en su dimensión prestacional una de sus características principales. Ahora bien, ello debe ser separado, necesariamente, de la satisfacción de cualquier expectativa que se califica como nuevo derecho, y lo único que persigue es extender el concepto de derecho más allá de lo razonable. La universalización o expansión incontrolada de la noción de derecho genera un vacío conceptual que termina devaluando los derechos y convirtiéndolos en conceptos vacíos que acabarán afectando a todo el edificio constitucional. Por ello, se deben eludir los reconocimientos a nivel legislativo o incluso constitucional de nuevas aspiraciones, reivindicaciones o deseos de las personas que desean recuperar el protagonismo perdido a nivel democrático por causa de la globalización. Esos contenidos retóricos se convertirán en algo irrealizable, y los ciudadanos se desmotivarán perdiendo su confianza en los fundamentos constitucionales.¹⁶

Tratando de evitar el peligro de la hipertrofia a la que puede conducirnos lo excesivo, señalamos que una línea divisoria que permite concluir que estamos ante un “verdadero nuevo derecho” será aquella que fije que la lesión de los mismos afecta al libre desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana. Aquí encaja perfectamente el derecho social que a los discapacitados se reconoce en el artículo 49 constitucional. Además, la relación entre la igualdad, el principio de indivisibilidad de los derechos y el de la universalidad de los mismos actúan como punto de referencia para sostener la existencia de derechos específicos de determinados sectores de la población. Así, cuando se habla de derechos de un colectivo concreto no se están formulando nuevos derechos de los cuales solo serían titulares los sujetos que pertenecen a esa categoría: en este caso las personas discapacitadas. Porque los derechos son universales e iguales para todos los seres humanos y teniendo en cuenta que determinados colectivos, por diversas razones, se hallan en una peculiar situación de desprotección e indefensión, se hace necesario poner el acento en el reconocimiento de sus derechos, en las peculiares circunstancias y en el establecimiento de garantías específicas para lograr su eficaz protección. Esto entra en relación con el contenido material de la igualdad y el concepto de acción positiva, que se dirige a la consecución de la igualdad real y efectiva, incluso admitiendo la posibilidad de la existencia

¹⁶ Revenga Sánchez, M., “Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional del siglo XXI”, *Parlamento y Constitución, Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 12, 2009, pp. 33 y ss.

de las desigualdades de derecho para corregir las desigualdades de hecho (artículo 9.2 de la CE).¹⁷

Por ello, la protección constitucional de la discapacidad está estructurada como una relación jurídica, ya que reúne los requisitos que deben concurrir para encontrarnos ante un verdadero derecho de carácter social: *a)* los sujetos a los que se atribuye la situación de poder en que el derecho consiste (disminuidos psíquicos, sensoriales y físicos —según el artículo 49 de la CE—); *b)* el objeto o ámbito de actuación soberana que queda sometido al poder del titular (los poderes públicos, artículo 49 de la CE); *c)* la delimitación del contenido, incluyendo la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos deberes (realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los titulares del derecho a los que prestarán la atención especializada que requieran); *d)* las garantías jurídicas imprescindibles para su exigibilidad. Al respecto, el artículo 49 de la CE prescribe la obligación de los poderes públicos de amparar especialmente a los discapacitados para el disfrute de los derechos reconocidos en el título I de la CE. Y en el artículo 53.3 de la CE, con carácter general, se señala que los derechos sociales podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.¹⁸

IV. LA PROYECCIÓN NORMATIVA DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD EN EL CASO ESPAÑOL

A tenor de lo precisado en los apartados anteriores es ahora el momento de determinar si los principios previamente enunciados encuentran el correspondiente reflejo en la normativa ordinaria que se ocupa de regular la protección de las personas con discapacidad. Así las cosas, en el derecho español la evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social se había producido ya antes de la aprobación y entrada en vigor, el 3 de mayo de 2008, de la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Esta norma y su protocolo facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU. Ambas normas son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Esta-

¹⁷ Alegre Martínez, M. A., *op. cit.*, p. 77.

¹⁸ Sobre este punto véase el trabajo de Sánchez González, S., “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 25, 2010, pp. 314 y ss. También Cartabia M., “La edad de los ‘nuevos derechos’”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 81, 2011, pp. 63 y ss.

dos partes, de promover, proteger y asegurar esos derechos. España ratificó la Convención y su protocolo Facultativo por instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado, publicado en el *BOE* el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento forma parte del ordenamiento interno, siendo norma de obligado cumplimiento (artículo 96.1 de la CE).

De la lectura de este texto normativo se deduce que dicho tratado se ocupa de la discapacidad desde muy diversas facetas y perspectivas, procurando una protección integral y completa de quienes se encuentren por ella afectados. Los derechos y libertades reconocidos a las personas con discapacidad no difieren de los que con carácter general se proclaman en otros textos internacionales; pero en su origen subyace la idea de abordar la realidad comprobada de que este reconocimiento general podría no ser suficiente para la protección de los derechos y libertades de un colectivo especialmente vulnerable que puede sufrir los efectos derivados de un posible desconocimiento. Por ello, en el Preámbulo se insiste en que la discapacidad es un concepto que evoluciona, siendo actualmente el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actividad y al entorno, las cuales impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

La entrada en vigor de esta Convención internacional coincide, además, en el tiempo con un momento en el que se da una creciente y justificada preocupación social por las demandas y necesidades específicas de las personas con discapacidad; en el plano normativo se aprecia una amplia actividad legislativa. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 fue necesario adaptar a sus contenidos las normas del ordenamiento jurídico que así lo requerían quedando inicialmente plasmadas en la Ley 13/1983, del 24 de octubre, por la que se modifica el Código Civil y se regula el nuevo régimen jurídico de la incapacitación. También son buena prueba de lo antes dicho la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 1/2009, del 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios especialmente protegidos; la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad. En todas estas normas se contemplan medidas legislativas concretas de cara a la protección de las personas con discapacidad. Junto a ellas existen otras normas generales que contienen preceptos

donde se alude a la peculiar situación de los discapacitados ante los diferentes aspectos de la realidad social. También debe ser tomada en cuenta la legislación aprobada al efecto por las comunidades autónomas. Toda la normativa citada ha coadyuvado a que se produzca un cambio sustancial en el concepto y desarrollo de la discapacidad, ampliando su ámbito y el abanico de las políticas sociales sobre la materia.¹⁹

En el desarrollo legislativo del tema son tres las normas básicas que ponen de relieve el cambio conceptual de la discapacidad: la Ley 13/1982, del 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, del 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Acceso Universal para Personas con Discapacidad; y la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia.

La primera de las tres normas citadas no habla de discapacidad, sino que se preocupa de la integración social de quienes padecen algún tipo de minusvalía, utilizando una terminología que obedece a criterios médicos. Así entiende por “minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. No cabe duda de que el contenido de la Ley 13/1982 se vio influenciado por la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” que realizó la Organización Mundial de la Salud en 1980. En dicho documento se contienen, definen y diferencian las situaciones de deficiencia, discapacidad y minusvalía. El modelo médico de la discapacidad contenido en dicha norma actualmente es inadecuado por su contenido peyorativo, pero significó el comienzo de una política intervencionista de cara a la integración social.

Por su parte, la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Acceso Universal para Personas con Discapacidad, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley de 1982, no la derogó, sino que la completó con nuevas políticas y cambió la idea de la discapacidad al utilizar un modelo de contenido social. Esta norma es consecuencia de las modificaciones operadas por la Organización Mundial de la Salud

¹⁹ *Cfr.* al respecto el trabajo de Pérez de Ontiveros Baquero, C., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm 23, 2009, pp. 335 y ss. La autora se preocupa del análisis exhaustivo del modelo propuesto en la Convención para la protección de los discapacitados en el ejercicio de sus derechos y el reflejo que ello ha tenido en todos los ámbitos del derecho español.

en la nueva “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad” realizada en el año 2001. También influyeron las Directivas de la Unión Europea sobre la materia, especialmente la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2002/73/CE, donde se regulan la discriminación indirecta y la transversalidad normativa de la discapacidad en lo referente a los temas de salud, trabajo, vivienda, ocio o deporte. La justificación de esta norma que nos proporciona su Preámbulo se encuentra en los cambios producidos a la hora de entender el significado de la discapacidad y la necesidad de proporcionar nuevos enfoques y estrategias, pues la situación de desventaja en la que se encuentra una persona con discapacidad tiene su causa no solo en sus dificultades personales, sino también en los obstáculos y limitaciones que se dan en la sociedad. Por ello, las nuevas estrategias de intervención deben operar sobre las situaciones personales y sobre los condicionantes ambientales: lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Solo si estos principios se consolidan y desarrollan los discapacitados podrán actuar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos y se evitarán las posibles discriminaciones.²⁰

La Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia, trae su razón de ser del propio concepto del derecho a la salud como fin de Estado (artículo 50 de la CE), que vincula el problema de las situaciones de dependencia con el de las condiciones para el ejercicio efectivo de los derechos. Con ello se pretende favorecer a todas aquellas personas faltas de autonomía personal o en situación de dependencia. En el preámbulo de la Ley se hace alusión a que dicho colectivo, hasta esos momentos, había sido objeto de un apoyo informal, no regulado, que procedía de las familias, y dentro de éstas el mayor aporte procedía de la mujer. Ese apoyo informal cada vez se ve más dificultado por los cambios originados en los últimos tiempos en el modelo de familia. También pretende la Ley sustituir la atención familiar por ayudas del sector público para favorecer la autonomía de los miembros de las familias con personas dependientes.²¹

En el ámbito de las comunidades autónomas también se han ocupado de este tema diversas normas, que van desde los estatutos de autonomía hasta leyes o decretos que persiguen buscar soluciones a los problemas suscitados

²⁰ Bastida Freijedo F. J., *op. cit.*, p. 86.

²¹ Un comentario a este tema, desde los parámetros de la igualdad sustantiva, puede consultarse en Vivancos Comes, M., “Promoción a la igualdad y atención a la dependencia”, en Álvarez, Figueruelo y Nuño (dir.) y Cancio (coord.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos y editorial Iustel, 2011, pp. 207 y ss.

en torno a la discapacidad. Los nuevos estatutos de autonomía recogen en sus declaraciones de derechos el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de discapacidad. Se persigue su integración y el establecimiento de ayudas procedentes del sector público para su desarrollo personal y social. Destacan también la Ley 11/2003, del 10 de abril, de la Comunidad Valenciana y la Ley Aragonesa 13/2006, del 27 de diciembre. Estas normas consagran un verdadero estatuto de las personas con discapacidad, al reconocer los principios rectores de actuación de la correspondiente autonomía de cara a la prevención, tratamiento e integración de las personas con discapacidad y el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos de este colectivo.

El marco normativo europeo e internacional insiste en la idea de definir a la discapacidad en el sentido en que actualmente lo hace la Organización Mundial de la Salud, como un problema complejo en el que interactúan las características del organismo humano junto con las de la sociedad en la que vive, y que comprende las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Se trata de un modelo social y no biosanitario, en el cual la discapacidad no afecta a una minoría, sino que es universal, porque todas las personas tendencialmente somos discapaces. La discriminación directa e indirecta de los discapacitados están prohibidas en el marco de las políticas, tanto privadas como públicas. Y la jurisprudencia internacional avala las políticas de acción positiva, incluida la discriminación positiva a favor de las personas en situación de discapacidad para lograr una ciudadanía incluyente.²²

En la misma línea la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y con valor jurídico concedido por el artículo 6 del Tratado de Lisboa —vigente desde el 1o. de diciembre de 2009— prohíbe, en su artículo 21, todo tipo de discriminación (entre otras causas la ejercida por razón de discapacidad), y en el artículo 26 proclama que “*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*”.²³

²² El trabajo de Álvarez Lata, N. y Seoane, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 24, 2010, pp. 11 y ss. Los autores analizan la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad y sus consecuencias en la vida de la persona. La evolución de la normativa en el caso español ha discurrido en paralelo a la transformación de los modelos explicativos de la discapacidad.

²³ Sobre el contenido, significado y funciones de la Carta de Niza puede consultarse nuestro trabajo Figueruelo Burrieza, A., “La protección de los derechos fundamentales en

Esta norma adquiere el rango de derecho originario y es de obligado cumplimiento tanto para la Unión Europea como para los Estados partes de esa organización supranacional. Por ello, deberá ser cumplida tanto por las instituciones europeas como por las autoridades nacionales cuando en sus actuaciones se trate de aplicar el derecho de la Unión. El Tribunal de Luxemburgo y los jueces y tribunales ordinarios de cada país son los poderes públicos encargados de velar por su correcta aplicación y del respeto de su contenido esencial. También ha aprobado la Unión Europea por Decisión del Consejo del 26 de noviembre de 2009, la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su importancia se halla en que se trata de la primera convención de derechos humanos de la ONU que la Unión Europea ratifica en su calidad de organización internacional con personalidad jurídica propia, aunque todavía es precisa aun la aprobación de un código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión, que establezca los acuerdos internos necesarios para la aplicación y la representación de la Unión Europea en las reuniones de los órganos creados por la propia Convención. Por ello, la Reunión Informal de Ministros de la Unión Europea del ámbito de la discapacidad (Zaragoza, 19 de mayo de 2010) instó a los Estados miembros que aún no habían ratificado la Convención ni su Protocolo Facultativo, a hacerlo. Y la resolución del 8 de junio de 2010, aprobada por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, sobre un Nuevo Marco Europeo de Discapacidad, invita a los Estados miembros y a la Comisión a promover la ratificación y aprobación de la Convención, también a continuar los esfuerzos para aprobar el Código de Conducta y para adoptar las legislaciones nacionales y de la Unión Europea al contenido de la Convención.

Destaca de dicho contenido el concepto de universalidad de la discapacidad, que conduce al desarrollo de políticas de diseño universal de aplicación a todas las personas, sin que sea preciso hacer adaptaciones o diseños especializados, sin perjuicio de medidas concretas para determinados colectivos. Los principios que deben ser desarrollados cuando sean adaptadas las correspondientes legislaciones son los imprescindibles para poder relacionar la discapacidad con la autonomía personal y con la organización y el funcionamiento de la comunidad política y social: respeto a la dignidad humana, prohibición de discriminación, participación efectiva en la realidad social y política, respeto a la diferencia, libre accesibilidad, igualdad de oportunidades, igualdad entre mujeres y hombres y derecho a preservar la identidad.

el marco de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 315 y ss.

V. ALGUNOS PROBLEMAS PARA EL DEBATE DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La evolución histórica de los derechos se percibe en su aparición paulatina y escalonada. Cada generación de derechos, una vez evolucionados, supera a los de la etapa anterior. Actualmente se aprecia una transformación en dos sentidos contrapuestos; pues, por un lado retroceden algunos derechos básicos, y por otro asistimos a la aparición de nuevos derechos, que distorsionan la visión de los clásicos derechos de libertad, y que no pueden ser entendidos al margen de éstos. La mayor parte de estos “nuevos derechos” provienen de un proceso de fragmentación de los denominados derechos clásicos. Es el caso de todos los derechos que se derivan del principio de no discriminación; el énfasis puesto en este principio, en las últimas décadas en Europa, ha hecho reconocer un gran número de derechos nuevos cuyos titulares son colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad: mujeres, personas mayores, inmigrantes, infancia, lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, y por supuesto personas con discapacidad... A veces esta saturación de derechos obliga a las instituciones públicas a escoger y prelación entre ellos, pues es evidente que el ejercicio de los derechos tiene un coste. Los recursos institucionales, legales y financieros son escasos —más aún en esta época de crisis desoladora— y los poderes públicos se verán obligados a priorizar unos derechos sobre otros, quedando bastantes expectativas sin satisfacer.²⁴

Los derechos enfocan al individuo desde un ángulo determinado y centrándose solo en algunos aspectos. El hombre-mujer titular de derechos aparece siempre como víctima potencial o posible demandante; desgraciadamente, los derechos no pueden abarcar todas las filiaciones de la experiencia humana: necesidades, deseos, responsabilidades, virtudes, carencias... En la era de la proliferación de los derechos es precisa una “aproximación atemperada”²⁵ a los derechos humanos basada en la presunción de que mientras sean herramientas útiles para ayudar a disminuir la injusticia y faciliten la mejora de las condiciones de vida de la gente se habrá conseguido que se realice su objetivo (que nunca será la justicia perfecta) y los derechos habrán obtenido el lugar que les corresponde.

Aplicando las previas reflexiones al caso de los discapacitados, estamos obligados, desde el modelo social predominante, a entender la discapacidad

²⁴ *Cfr.* sobre este tema Cartabia, M., “La edad de los nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 81, 2011. De interés especial las pp. 92 y ss.

²⁵ Expresión que ha sido tomada del trabajo de Cartabia, M., *op. cit.*, p. 92.

como un conjunto complejo de situaciones causantes de esa disminución de autonomía plena para poder interactuar socialmente. Pero, una vez reconocidas esas situaciones y aprobadas las políticas necesarias para superarlas o paliarlas, desde la perspectiva de los discapacitados se plantea el derecho a la no intervención del Estado en el ámbito de su propia intimidad. Causa de problemas es conocer lo más adecuado para garantizar los derechos ciudadanos de los discapaces —sobre todo de los psíquicos—, dado el conflicto entre distintas normativas. Entran derechos en colisión, y es necesario prelación de bienes y valores y ponderar los resultados (aborto, derecho a la vida, esterilización, protección de la integridad física y mental,...). Tema sobre el que tienen mucho que decir todavía los tribunales nacionales e internacionales.

También se ha creado una amplia jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación propiciando políticas de inclusión social de los discapaces para lograr la efectividad de sus derechos. De ahí que, ante situaciones con diferencias objetivas y razonables, podrán los poderes públicos realizar tratos desiguales, porque el contenido actual del derecho a la igualdad admite un trato desigual ante situaciones desiguales. Esto ha acarreado la modificación del criterio de la discriminación, incluyendo en su contenido el supuesto de la discapacidad, admitiendo la constitucionalidad de las discriminaciones positivas y regulando la discriminación indirecta a nivel legal.²⁶

El contenido prestacional de los derechos que asisten a los discapacitados forma parte de la naturaleza social de los mismos. Pero no solo se requieren prestaciones de carácter económico, sino que son imprescindibles cambios normativos de carácter procesal, organizativo o institucional. De ahí que además de las correspondientes prestaciones sanitarias se requieran normas sobre accesibilidad, libertad de circulación, derecho a proteger su imagen, no discriminación, derecho a recibir información. Derechos que pueden hacerse extensivos a quienes cuidan de los discapacitados que ven afectada su calidad de vida por esta situación de entrega para atender al discapaz a plena dedicación.

Las políticas prestacionales que los poderes públicos deben llevar a cabo en un Estado social, para dar contenido a ciertos derechos tienen, en el caso de los discapacitados, un carácter transversal y no son actos de beneficencia: salud, vivienda, educación, deporte... pueden ser reclamados en el ejercicio de un verdadero derecho. El discapaz no es un deficiente; solo es el entorno que le rodea. Por ello las dificultades del entorno personal y social deberán ser eliminadas para que la discapacidad sea una situación dinámica y cir-

²⁶ Cfr. al respecto Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 90 y ss.

cunstantial. El artículo 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (principio de la igualdad material).

Pero, además, en el Estado social y democrático de derecho, donde su carácter prestacional encuentra su fundamento en la fusión entre el sector público y el sector privado, el tema de los discapacitados no puede quedar reducido a una relación bilateral entre el individuo y el Estado. Es necesaria una relación a tres bandas donde entra a participar la sociedad y los particulares que en ella habitan y se relacionan. El tema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, impensable en el modelo decimonónico del Estado liberal, permite entender que éstos vinculan, con mayor fuerza, al Estado, pero también se dan relaciones en el sector privado, relaciones que deben ser entendidas en el marco del derecho constitucional. El mandato de no discriminación directa o indirecta se da también en las relaciones sociales, sobre todo en las relaciones laborales y en el tema educativo.

Entre los deberes del sector público se halla la obligación de propiciar la igualdad social aprobando normas que aludan a esas obligaciones sociales y desarrollando políticas de acción positiva para incentivar al sector privado a favorecer la integración social de las personas con discapacidad.²⁷

El colectivo de la discapacidad no escapa tampoco a la gran discriminación mundial: la desigualdad entre mujeres y hombres. Si la discapacidad tiene que ver con la pobreza, también puede decirse que las mujeres están más afectadas por los ingresos económicos que los hombres. Pero hay además un elemento agravante: las mujeres cuidan, pero no reciben cuidados. Por ello, a partir de cierta edad hay una mayor prevalencia de morbilidad entre las mujeres y más discapacidad. Esto no es debido a que su esperanza de vida sea mayor, sino que la explicación se encuentra en la sobrecarga de trabajo que acumulan las mujeres: trabajo doméstico más trabajo fuera de casa. Si a ello le sumamos que son las mujeres las cuidadoras principales, pero que no reciben la ayuda que necesitan, cuando llega el caso, no es de extrañar que un 66% de los discapacitados en nuestro país necesitados de ayuda pertenezcan al sexo femenino.²⁸

²⁷ Un desarrollo más amplio de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares puede consultarse en nuestro trabajo Figueruelo Burrieza, A., “Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas”, en las *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho-Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, 1996, pp. 239 y ss.

²⁸ Es ilustrador el artículo del diario *El País* del 13 de enero de 2012, que se titula “La pobreza lleva a la discapacidad, y la discapacidad a la pobreza”. Se analizan los factores de

En esa misma línea, en el artículo 14 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, del 26 de marzo de 2007, cuando se fijan los criterios generales de actuación de los poderes públicos, para conseguir la igualdad real y efectiva, se ordena tener en consideración las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos en situación de especial vulnerabilidad; entre ellos se encuentran las mujeres con discapacidad, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva. Las mujeres con discapacidad, hasta épocas muy recientes, han experimentado múltiples desventajas y han sido objeto de una doble exclusión, tanto por su género como por la discapacidad sufrida. Es preciso desterrar roles tradicionales y culturales impuestos en la sociedad, y que los poderes públicos tomen conciencia del problema y desarrollen las políticas adecuadas en materias como la educación, o la capacitación laboral y el empleo, el derecho a la salud y a formar una familia... para lograr así una plena integración social.

Todas esas medidas, que han de ser tomadas desde el sector público e implementadas como consecuencia del postulado del Estado social de derecho, deben estar relacionadas con la posibilidad de influir definitivamente en la toma de decisiones que atañen a la sociedad y la convierten en inaccesible para las mujeres que pertenecen al colectivo de los discapacitados.²⁹

la discapacidad y se pone el acento de que estos problemas “en femenino, peor”, porque si la discapacidad tiene que ver con la pobreza, también las mujeres están más afectadas por los ingresos económicos que los hombres.

²⁹ Sobre las políticas públicas para la igualdad real y efectiva —igualdad material o sustantiva— recogidas en el artículo 14 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, puede consultarse el comentario a dicho precepto realizado por Marrades Puig, A., en García Ninet, J. I. (dir.) y Garrigues Giménez, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, Grupo Wolters Kluwer, 2007, pp. 199 y ss.