

ANTECEDENTES, GESTACIÓN Y CONTENIDO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LAS NA- CIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Carlos Ganzenmüller Roig

Fiscal del Tribunal Supremo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ANTECEDENTES. III. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA CONVENCIÓN ESPECÍFICA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV. ESTUDIO RESUMIDO DE LA CONVENCIÓN. ASPECTOS ESENCIALES. 1. Los objetivos de la convención. 2. ¿Qué y a quién va dirigida la convención? 3. Las definiciones. 4. Los principios generales. 5. Los derechos expresamente reconocidos y su desarrollo. 6. La accesibilidad como medio para ganar la igualdad. 7. La toma de conciencia como instrumento necesario en el ejercicio de derecho de igualdad y no discriminación. De la sensibilización social a la vida cotidiana de la persona con discapacidad y su problemática. V. DE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS ESPECÍFI-

CAMENTE RECONOCIDOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN. 1. Protección a la persona con discapacidad y su entorno. Garantías. 2. A modo de conclusión. VI. ANEXO. INFORME ANUAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIO GENERAL. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, para abordar correctamente el estudio de los principios rectores que tienen como objeto la protección de las personas con discapacidad o en situación a estarlo, los poderes públicos deben partir siempre, no solamente de su obligación genérica respecto al colectivo, fundamento y compromiso expuesto en el Art. 49 de la Constitución Española; sino con la persona, con el ciudadano con discapacidad a los que los valores superiores del ordenamiento jurídico de la libertad, la justicia y la igualdad, que, junto con el pluralismo político, le integran en el estado social y democrático de derecho que propugna el Art.1 de la CE.

Estos tres valores superiores deben hacerse efectivos por los poderes públicos, en la promoción de las condiciones necesarias para remover los obstáculos que impidan o dificulten su ejercicio en plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica cultural y social. Art. 9 CE.

El desarrollo de estos valores se garantiza en la formulación de lo que es el derecho a la dignidad (Art. 10 CE,), a la vida y a la integridad física y moral (Art. 15), a la libertad, (Art. 16 y 17 CE, y concordantes en su específico desarrollo), y a la tutela judicial efectiva. (Art. 24 CE).

Pero estos derechos se adquieren y ejercitan por el hecho de ser persona, por poseer la cualidad de ciudadano, independientemente

de encontrarse en una situación de desventaja o de discapacidad, que impida o dificulte acceder al ejercicio efectivo de estos derechos. Directamente, sin intermediarios.

Tampoco nacen estos derechos por formar parte de un grupo, de un colectivo en situación de desamparo, vulnerable ante una sociedad que le ha ignorado, aquejado de su dificultad diaria en reivindicarse.

Nacen del deseo expreso del pueblo español que proclama en el preámbulo de la Constitución la voluntad de “proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos”.

Como el bosque muchas veces no nos deja ver al árbol, frecuentemente caemos en la trampa de creer que es el Art. 49 de la CE, el que determina las concretas obligaciones de los poderes públicos con el colectivo de personas con discapacidad y mayores, (Art. 50 CE), olvidando que los derechos y deberes fundamentales reconocidos en el Título I, son el verdadero camino a recorrer.

Aunque los instrumentos jurídicos sobre derechos humanos constituyen un marco para la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, es lo cierto, que la atención a estas tenía algunas cuentas pendientes por parte de los órganos de control y vigilancia creados en los diversos tratados, que nunca se consideró óptima.

Conviene recordar las palabras de Louise Arbour, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, al respecto: “El sistema de derechos humanos actual tiene por objeto promover y proteger los derechos humanos de las personas con discapacidad pero las normas y los mecanismos existentes de hecho no proporcionan protección adecuada para los casos concretos de personas con discapacidad. Como consecuencia de la convicción de parte de la comunidad internacional respecto a las bondades de instrumentos internacionales que aludan a problemáticas concretas, desde la década de los ochenta cobró fuerza la idea de elaborar una convención temática sobre los derechos de

las personas con discapacidad. Evidentemente es hora de remediar ese defecto”.

En el ámbito internacional, reconocidos los derechos de la persona con discapacidad, en muy diversas normas y por múltiples instituciones, han sido recientemente estructurados, definitivamente consolidados y garantizados en “La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad de Naciones Unidas”, aprobado el trece de diciembre de 2006, por la Asamblea General y ratificada por España junto a su Protocolo opcional, el 3 de Diciembre de 2007, lo que constituye un trascendental acontecimiento para las personas con discapacidad, sus familias y el ámbito de protección asociativo, que tanto se ha esforzado en su reconocimiento y defensa.

Su incorporación y desarrollo en el derecho español, es sin duda, el próximo reto a afrontar.

II. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ANTECEDENTES

La problemática general y políticas sociales relacionadas con la discapacidad han evolucionado gradualmente tras la segunda Guerra Mundial desde las prácticas propias de la medicina y la asistencia social hacia la enumeración, más o menos concreta de los derechos que los integraban, para pasar en tiempos muy recientes a la efectiva protección de los mismos desde la esfera de los derechos humanos.

Las primeras resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en materia de discapacidad se producen a partir de la década de los años cincuenta, cuando desde la Asamblea General y el Consejo Económico y Social se aprobaron las resoluciones relativas a la prevención y a la rehabilitación de la discapacidad, en términos de extrema generalidad y atendiendo exclusivamente al modelo médico-rehabilitador del tratamiento de la discapacidad.

No será hasta el año 1971 (1), con la «*Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*», cuando se deja de lado el criterio rehabilitador y se da paso al criterio social, lo que conlleva sustituir el concepto accesorio de “Asistencia”, por el concepto principal de “Derechos”. Y no sólo a que un tercero, el Estado, se encargue de promoverlos y garantizarlos, sino que desde la esfera individual de los derechos fundamentales intrínsecos de la persona, puedan ejercitarse y garantizarse ante los organismos legalmente predeterminados, y en todo caso, a través de la tutela judicial efectiva.

De este modo la “Declaración” establece, como principio fundamental que las personas discapacitadas “deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos” (Art.1), pasando seguidamente a concretar los derechos que revisten mayor relevancia, resaltando los de educación, capacitación y rehabilitación.

Un paso adelante lo hallamos en la “*Declaración de los Derechos de los Impedidos*”, que en 1975 (2), se dirige a “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, reconociendo y consolidando, una serie de derechos económicos y sociales que revisten una gran trascendencia para el desarrollo de las capacidades y la integración social de las personas con discapacidad, que disfrutarán de “los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos y a que se adopten las medidas destinadas a permitirle lograr la mayor autonomía posible”.

En la siguiente década (3), se produce un cambio radical superándose totalmente el modelo rehabilitador, para adoptarse el mo-

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

(2) Resolución 3447 (XXX) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1975. Asimismo se establece la facultad de que las organizaciones representativas sean consultadas respecto de los asuntos que se relacionen con los derechos humanos de las personas con discapacidad.

(3) El año 1981 fue proclamado Año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de Naciones Unidas con el lema “Participación e igualdad ple-

delo social en el marco internacional, con la aprobación por parte de la Asamblea General del “Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad”, que se plantea desde la perspectiva de los derechos de las personas, al introducirse como objetivo esencial, junto a la prevención y la rehabilitación, la equiparación de oportunidades.

El Programa define la “equiparación de oportunidades” como “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”.

Se trata de definir ámbitos concretos y derechos adecuados para ser ejercitados en ellos, pero sin propósito exclusivo. Pues, enumerados a título de ejemplo, nos van a servir de base para acceder a todos los demás que con arreglo a las nuevas circunstancias y tecnologías se vayan configurando.

De este modo, el estado, además de reconocerlos, debe garantizarlos, no sólo con los medios tradicionales “preventivos y rehabilitadores”, sino que desarrollando el modelo social, profundizar e implicarse en el objetivo de que sea toda la sociedad la que se debe adaptar, y pasar a ser accesible para todos, a fin de “lograr los objetivos de participación e igualdad plenas, que determina el efecto de una deficiencia o incapacidad sobre la vida diaria de la persona. Una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida”.

Aunque en 1987, se rechazó un proyecto de “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, la siguiente meta en la consecución progresiva de los derechos y su efectiva protección, se logró en buena medida a través de las históricas “Normas Uniformes sobre

nas”. El decenio comprendido entre e 1983 y 1992 fue proclamado Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad.

la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, Resolución 48/96 de la Asamblea General, de 20 de diciembre de 1993, que pese a su carácter no vinculante, constituye el documento clave y de referencia en el tratamiento y la protección de las personas con discapacidad en el marco de Naciones Unidas, al configurarse como las normas uniformes en las que se orienta la acción en la esfera de la discapacidad, y a través de las cuales, las cuestiones tradicionales de prevención y rehabilitación, han sido relegadas por la nueva perspectiva de los derechos humanos, lo que incide, en su denominación, efectos respecto a su adopción en los programas, leyes y políticas con relación a la discapacidad. Pero además, en la participación de los Estados junto con las organizaciones no gubernamentales en las políticas para la integración de las necesidades e intereses de las personas con discapacidad en los planes de desarrollo general (4).

Estas Normas se estructuran en cuatro partes:

1. Requisitos para la igualdad de participación. Destacándose el concepto de igualdad de oportunidades que las normas definen bajo la incorporación en el proceso, de los diversos medios que se ponen a disposición de las personas con discapacidad.
2. Esferas prioritarias para la igualdad de participación, donde se especifican los ámbitos necesarios para la reforma; como las posibilidades de accesibilidad física y de comunicación, educación, cultura, empleo, mantenimiento de los ingresos y seguridad social, etc.
3. Medidas de ejecución. Que proponen la obligación principal de los Estados de diseñarse una planificación racional, en

(4) Aunque no son de cumplimiento obligatorio, las 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. Las normas fueron elaboradas por las propias personas con discapacidad, conforme a sus aportaciones y experiencias.

base a una eficaz recolección y análisis de datos, mediante 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.

4. Mecanismo de supervisión, con la creación de mecanismos aptos para promover la aplicación efectiva de las Normas. Para ello se encomienda la supervisión de su aplicación a un Relator Especial.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha instado a los órganos de vigilancia de los tratados que las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta en los seis Tratados principales, y muy especialmente en los dos Tratados que les afectan directamente, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- A) El Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos se subdivide en cuatro grupos:

- 1) Derechos relativos a la existencia humana y la integridad de la persona; como el derecho a la vida, a no sufrir tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes, entre otros. Destacan algunas prácticas relacionadas con la atención de personas con discapacidades psiquiátricas que se hallan en instituciones.
- 2) Derechos relacionados con la libertad; entre los que se destaca el derecho a la libertad y seguridad de la persona, relevantes en el contexto del internamiento civil de personas con deficiencias psíquicas; o el derecho a la libertad de circulación que exige que los Estados revisen sus políticas de accesibilidad de transporte público.
- 3) Derechos de formar una familia y otros relacionados. En este sentido, los derechos a contraer matrimonio y formar

una familia son muchas veces vulnerados en el contexto de la discapacidad.

- 4) Derechos políticos. Como el derecho a la libertad de pensamiento y a la integración en la comunidad, cuyo objeto es garantizar que la libertad esté reforzada por derechos sociales y disposiciones sociales apropiadas, siendo el derecho al voto uno de los más apreciados por las personas con discapacidad.

B) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

Desde la perspectiva de la discapacidad, los derechos reconocidos en el Pacto pueden agruparse del siguiente modo:

- 1) Derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres.
- 2) Derecho en la participación social; entre los que se destacan el derecho a la educación, y el derecho a la cultura.
- 3) Derechos en relación con la participación en el lugar de trabajo, como el derecho al trabajo, a condiciones de trabajo justas y favorables, y a formar y afiliarse a sindicatos.
- 4) Otros derechos, como el derecho a la salud, derecho a la seguridad social, derecho a la protección de la familia, las madres y niños, derecho a un nivel de vida adecuado, entre otros...

La vigilancia de la aplicación del Pacto se encomienda al Comité del PIDESC (1987), que examina los informes de los Estados, ante el compromiso de estos a “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

III. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA CONVENCIÓN ESPECÍFICA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El maltrato a los niños escandaliza a cualquier sociedad civilizada. El maltrato a las mujeres escandaliza ya casi en igual medida.

Pero el maltrato a las personas con discapacidad, siendo tan real y alarmante como los anteriores, aun no ha adquirido el reproche social que merece y como los gobiernos y los medios de comunicación, no quieren tensiones en un colectivo cada vez más numeroso (5), prefieren no incidir en el problema, porque “como no vende”, aun lo tienen en cuarentena y sólo se ocupan de él, en contadas ocasiones.

El maltrato a la persona con discapacidad, sencillamente se omite, pues, o se le incluye en los dos primeros supuestos de maltrato, o se difumina en el estado de discapacidad genérico de las personas mayores.

Estadísticamente, la máxima vulnerabilidad al maltrato, como lacra social, la compone la siguiente ecuación:

$$\text{Máxima vulnerabilidad (6) =} \\ \text{Persona con discapacidad} + \text{persona mayor} + \text{mujer.}$$

(5) El incremento constante del colectivo, con la incorporación de las personas mayores sin capacidad de decisión produce múltiples dificultades de planificación para un conjunto de población que aumenta constantemente. En España, 800.000 casos de alzheimer han sido diagnosticados, más de 750.000 son mayores de 60 años, más de 500.000 son mujeres.

- (6) Como factores de vulnerabilidad suelen tenerse en cuenta, los siguientes:
- La persona con discapacidad, fundamentalmente la mental, la intelectual y sensorial, se halla indefensa al no poder denunciar la agresión sufrida. Solo a través de la denuncia de terceros puede descubrirse.
 - La situación de dependencia (física y/o mental) ya sea en el propio domicilio o en instituciones públicas o privadas, suele agravarse con la edad.

Los abusos contra menores y mujeres pueden ser detectados por diversas fuentes, pero los perpetrados contra la persona con discapacidad mental, intelectual o sensorial, independientemente de su sexo y edad, solo los conoceremos por denuncia de tercero, casi nunca por la propia víctima, impedida en la mayoría de las ocasiones de comunicarse, o por encontrarse en situaciones de total sumisión al agresor.

A pesar de los citados instrumentos existentes en Naciones Unidas, aplicables al contexto de la discapacidad y de las aportaciones de ciertos órganos de gran importancia como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de Derechos Humanos, la necesidad de la Convención debe fundarse en la constatación de los abusos generalizados de derechos humanos que se perpetran en la extrema vulnerabilidad de las personas con discapacidad.

Fueron tres los Informes de las Naciones Unidas (7) que tuvieron una importancia decisiva a la hora de determinar la conveniencia de redactar una Convención específica:

-
- De carácter profesional o laboral: El trabajo con personas discapacitadas y/o con mayores "... carece de - prestigio profesional y social, principalmente en las categorías profesionales más bajas..." (Los profesionales se quejan de la falta de preparación, de motivación, apoyo, etc.).
 - Si es además mayor, su ámbito de relación es tan reducido, que solo las personas que le asisten, lo puede denunciar, provocar o tolerar. Sólo desde la prevención y el control puede combatirse.
 - Dificultad de establecer un "perfil del agresor" que oriente las actuaciones preventivas: Los abusos y malos tratos proceden de la familia, instituciones, trabajadores y de la sociedad en general
 - Escasa protección jurídica: Los derechos no siempre son protegidos ni respetados en la práctica. No existe protocolización ante la previsión de deterioro físico y / o mental de las personas mayores que proteja su salud, integridad, patrimonio...

(7) Como recogen Agustina PALACIOS y Francisco BARIFFI en su libro *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos* Editorial Cinca" 2007.

El primero, denominado “*Principios, orientaciones y garantías para la protección de las personas recluidas por mala salud mental o que padecen trastornos mentales*”, fue elaborado por Erica-Irena A. Daes, Relatora Especial por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en el año 1986 -87.

El segundo se denominó “*Los derechos humanos y las personas con discapacidad*”, y fue coordinado por Leandro Despouy, designado Relator Especial por la Subcomisión en el año 1993.

El tercer documento que merece ser destacado es el elaborado por Gerard Quinn y Theresia Degener que se titula «*Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto*”.

Entre otras cuestiones, estos informes demuestran que las personas con discapacidad se encuentran jurídicamente en desventaja en comparación con otros grupos vulnerables, como las mujeres, los refugiados, los niños y niñas, etc., resaltando el hecho de que estos otros grupos se encuentran protegidos por Convenciones temáticas, a diferencia de las personas con discapacidad.

Remarcan también la insuficiencia del sistema, constatando que las personas con discapacidad se encuentran igualmente protegidas -como las demás personas- por normas de alcance general, pactos internacionales, convenios regionales, etc., pero a diferencia de los otros grupos vulnerables, no cuentan con un órgano internacional de vigilancia que les ofrezca protección en forma singularizada.

Por ello es cuestión esencial de los informes, que todos los órganos de vigilancia de los tratados supervisaran la aplicación de sus respectivos tratados de derechos humanos a las personas con discapacidad, centrando su principal recomendación particular, en que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (el órgano que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) asumiese el papel principal de la aplicación de los derechos humanos de las personas con discapacidad, en forma específica y plena.

En definitiva, se concluye, que si bien desde el aspecto formal del enunciado y reconocimiento del derecho concreto, el discapacitado tenía teórica protección jurídica, desde el ejercicio práctico del mismo, faltaban mecanismos de garantía, siendo necesaria la creación de órganos de vigilancia en aras a asegurar su efectividad.

Tras un primer intento de elaborar una Convención en 1987, no sería hasta el año 2001, cuando en el Debate General correspondiente a la Sesión 56 de la Asamblea General, se constituyó un “Comité Especial” para la elaboración de una Convención específica sobre los derechos de las personas con discapacidad, que tuvo el inmediato y absoluto apoyo de las organizaciones internacionales y nacionales relacionadas con la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad.

Este Comité (8) en el transcurso de las ocho reuniones que celebró, la primera en agosto del año 2002 y la última el 14 de agosto, redactó y presentó el 5 de diciembre de 2006, el texto de la Convención, que fue aprobado por la Asamblea General el día 13 de diciembre de 2006 .

Con esta Convención, las Naciones Unidas han adoptado la primera convención para las personas con discapacidad, que ampara al mayor grupo minoritario del planeta, con 650 millones de personas, el 10% de la población mundial, pues resultaba desolador que solo cuarenta y cinco países dispusieran de algún tipo de legislación para proteger a este colectivo tan vulnerable (9).

(8) En este Comité Especial participaron todos los Estados Miembros, así como observadores de las Naciones Unidas, fundamentándose sus trabajos en las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social sobre los derechos humanos y la no discriminación y en el desarrollo social, económico y cultural del colectivo.

(9) El de los discapacitados es el último colectivo en tener reconocidos sus derechos en una convención de obligado cumplimiento. Los casos de discriminación están muy dispersos por todo el mundo: el 90% de los niños inválidos, tienen limitado el acceso a los colegios, según la ONU y el Banco Mundial estima que el 20% de los ciudadanos más pobres sufren alguna invalidez.

El propósito de este tratado es asegurar que las personas que viven con algún tipo de discapacidad puedan acceder al efectivo ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en un plano de absoluta igualdad al resto de los ciudadanos, sin discriminación alguna, eliminando los obstáculos que les impiden acceder a la educación, la salud y al mercado laboral.

El presidente del Comité, el neozelandés Don MacKay, señaló acertadamente que “los discapacitados son uno de los grupos de población más marginados, que se topa con obstáculos físicos, legales y sociales que les impiden desarrollar su pleno potencial.”

IV. ESTUDIO RESUMIDO DE LA CONVENCIÓN. ASPECTOS ESENCIALES

Dada la amplitud y complejidad de la materia, me permito efectuar un resumen de los aspectos más sustanciales de la Convención para abordar seguidamente con mayor minuciosidad los aspectos que afectan a la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito del C. Civil y L. E. Civil, fundamentalmente, así como las referidas a la nueva legislación nacional y autonómica aplicable.

1. Los objetivos de la Convención

Como no podía ser de otro modo, los objetivos de la Convención son múltiples, y surge desde el convencimiento de que una convención internacional amplia e integral para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, contribuirá significativamente a paliar la profunda desventaja social de las personas con discapacidad y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados.

Como muy bien resaltó Don MacKay, “su misión no es la de crear nuevos derechos, sino la de garantizarlos, mediante la prohibición de toda discriminación a la persona discapacidad, así como promover un auténtico cambio en la percepción pública hacia ellos”.

Consecuencia de ello, será la creación de mecanismos de aplicación y seguimiento, obligándose a los Estados Partes, a designar uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención. Pero la norma va más allá y requiere, aunque de un modo menos exigente, que los Estados Partes, consideren la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles (Art. 33.1).

Este control y vigilancia resulta a mi modo de ver la aportación más útil de la Convención, pues asegura el compromiso de cumplimiento real y efectivo frente a las personas, familias y colectivos de representación y defensa de la persona con discapacidad.

La efectiva intervención de éstas en la elaboración de la legislación y adopción de políticas sociales (Art. 4.3), así como la designación de órganos independientes (Art. 33.2) en el seguimiento y control de la aplicación de la Convención en los respectivos Estados Parte (Art. 33.3), completa su marco garantista.

2. *¿Qué y a quién va dirigida la Convención?*

Como “propósito” o declaración general de objetivos el Art. 1, dispone:

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

Este artículo se complementa con el compromiso de los Estados Partes a:

“Adoptar las medidas legislativas y administrativas para garantizar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos y eliminar prácticas, comportamientos o costumbres que representen algún tipo de discriminación hacia ellos, para que puedan vivir independientemente y participen plenamente en la sociedad.

Estas cuestiones se integrarán en todos los programas de desarrollo económico y social.

Elaborar leyes y poner en práctica políticas, para asegurar los derechos reconocidos en la convención y abolir las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas que constituyen discriminación (Art. 4).

Los países deben reconocer que todas las personas son iguales ante la ley, prohibir la discriminación basada en las discapacidades y garantizar igual protección de la ley (Art. 5)”.

Aun cuando el ejercicio progresivo de los derechos ofrece a los Estados partes, especialmente a los países en desarrollo, cierta flexibilidad para lograr los objetivos de la Convención, no por ello los exime de la obligación de proteger esos derechos. Por ejemplo, ningún Estado debe desahuciar por la fuerza a una persona con discapacidad, retirar arbitrariamente la protección de la seguridad social o no establecer y respetar el salario mínimo.

A diferencia de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos no pueden ser objeto del ejercicio progresivo, pues su protección y fomento debe hacerse inmediatamente.

¿Estos propósitos a quién van dirigidos?

La Convención, que se origina en la creencia de que la sociedad internacional tiene “una deuda pendiente” con las personas con discapacidad, cuyos derechos no están lo suficientemente garantizados, no sólo va dirigida a “Los Estados Partes” o a los directamente

interesados, sino a toda la sociedad, que debe tomar conciencia y fomentar el respeto y dignidad de la persona con discapacidad.

Y muy especialmente se dirige, a los que desde la administración de justicia tenemos la misión de proteger sus derechos y garantizar los apoyos necesarios, para que se integren y participen realmente en nuestra sociedad plural, igualitaria y democrática.

El segundo párrafo del mismo Art. 1, los concreta:

“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”.

Con esta definición se persigue proporcionar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y la discapacidad como un proceso dinámico y en permanente evolución. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: La individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la solución, sobre la base del principio de igualdad de condiciones con los demás; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de “Valores positivos” (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho. (Art. 5.4).

También en 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 participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Letra e), y que “Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y li-

bertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación” (c).

Se trata por tanto de una definición de mínimos y claramente abierta, pues además de incluir a las personas concretamente mencionadas, no excluye a otras personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados (10), o nuevas situaciones (11) que pudieran detectarse.

En definitiva, el concepto de “personas con discapacidad” se aplica a todas aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al enfrentarse a diversas actitudes negativas u obstáculos físicos, pueden tener dificultades para integrarse plenamente en la sociedad.

(10) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 346/01), artículo 21. Igualdad y no discriminación 1. 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”. También suele citarse el Art. 11 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 del prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su “patrimonio genético”.

(11) La Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad. Cuantos más obstáculos hay, más discapacitada se vuelve una persona. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el desarrollo. Algunas personas tienen más de una forma de incapacidad y muchas, si no todas, podrían llegar a tener alguna discapacidad en algún momento de su vida debido a lesiones físicas, enfermedades o envejecimiento. También pueden aplicarse a personas que sin tener una discapacidad, puede haber otras personas trabajen o se encuentren asociadas con aquellas, como familiares encargados del traslado de personas con discapacidad física, o con personas afectadas por enfermedades como el VIH/SIDA., o que trabajen a su servicio, y que pudieran verse tratadas discriminatoriamente por esta razón.

Ni es exhaustiva ni excluye a categorías más amplias de personas con discapacidad que ya estén amparadas por la legislación nacional, incluidas las personas con discapacidad temporal o aquellas que sufrieron discapacidad en el pasado.

Puede suceder que a una persona con discapacidad se le considere como tal en una cierta sociedad o ambiente, pero no en otra. Es muy frecuente que existan estereotipos y prejuicios arraigados y persistentes de carácter negativo contra las personas que poseen ciertas condiciones y diferencias. Estas actitudes determinan en definitiva a quién se considera persona con discapacidad y a quién no. Una persona en silla de ruedas puede tener dificultades para obtener empleo remunerado, no debido a su condición, sino porque hay obstáculos ambientales que le impiden el acceso, por ejemplo autobuses inaccesibles o escaleras que no puede utilizar en el lugar de trabajo.

Del mismo modo que los niños que tengan una discapacidad intelectual pueden tener dificultades en la escuela debido a la actitud de los maestros hacia él o ella, un plan de estudios o materiales didácticos poco apropiados, juntas escolares inflexibles, etc.

Por eso donde se obtengan lentes correctoras para las personas con miopía extrema, no se consideraría que esas personas tengan una discapacidad. Pero alguien en la misma situación donde no se disponga de ellas, sería considerado como persona con discapacidad, especialmente para tareas como montador de pequeños componentes, coser, cuidar ganado o cultivar la tierra.

En cuanto a las repercusiones que las normas precitadas pudieran tener en nuestro derecho positivo, la Ley 51/2003 de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal no adopta una definición conceptual respecto de la discapacidad, ya que se limita a remitir el reconocimiento de la condición de persona con discapacidad a porcentajes y disposiciones reglamentarias.

En su Art. 1 apartado 2, la citada Ley establece que “A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100.

En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100 los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

Como ha sido puesto de manifiesto por las organizaciones encargadas de la defensa de las personas con discapacidad, la Ley 51/2003 no ampara ni se ocupa de un importante grupo de personas que aunque reglamentariamente no pueda encuadrarse dentro del 33% de minusvalía, se encuentran en situación real de discriminación por razón de su discapacidad.

Caso especialmente injusto lo encontramos ante la protección de las personas con capacidad intelectual límite, que se desenvuelven en el aspecto personal, familiar, profesional y social con verdadera autonomía y suelen ser personas, extremadamente cuidadosas que cumplen, rigurosamente, sus deberes de todo orden (12). Estas personas, no pueden ser consideradas como personas

(12) En el ambiente familiar su comportamiento, salvo casos excepcionales, se caracteriza por ser muy correcto tanto respecto a los padres como a los demás hermanos. Cuando hay varios hermanos no es difícil que sea el de inteligencia límite quien se encargue del orden de la casa en ausencia de sus progenitores.

En el trabajo, siempre ajustado a sus posibilidades, destacan por su laboriosidad, corrección y disciplina.

En el ámbito social, son personas que se desenvuelven sin necesidad de ayuda alguna; ellos van al cine, al deporte, de vacaciones como cualquier otra persona, viajan con total independencia y se mueven con absoluta autonomía.

De aquí que revista una importancia capital la integración social de las personas con inteligencia límite. Y es, precisamente, en este aspecto, en el que se advierte una enorme falta de sensibilización por parte de la sociedad y de las Administra-

discapacitadas, pese a tener un grado de minusvalía que oscila entre un veintitantos al treinta y tres por cien, sino que, deben ser integradas en el ámbito de la normalidad mental, aunque, como portadoras de un déficit, necesitarán y se les tendrán que procurar los “apoyos” puntuales para cubrir ciertas necesidades en todas y cada una de las etapas y facetas de la vida.

Aunque, la regulación legal (13), puede defenderse por su practicidad, cuando se deben determinar las prestaciones sociales o económicas, bajo la objetiva perspectiva de la atención y distribución de los medios existentes, desde el punto de vista estricto del concepto de discapacidad, no resulta aceptable, por su excesiva rigidez y falta de equidad ante la situación concreta de estos afectados.

Los casos de las personas que han superado una enfermedad que determinó su declaración de incapacidad, o haber logrado una rehabilitación adecuada en la situación de discapacidad, son junto al

ciones Públicas. Se ha hecho mucho, ¡qué duda cabe!, en el ámbito de la discapacidad pero se ha hecho muy poco en el campo de la capacidad limitada. Y es este un sector social precisado de la más cuidadosa atención, por cuanto, del mismo, pueden obtenerse unos resultados, ciertamente, esperanzadores y estimulantes, ya que no se trata de suplir una falta de capacitación sino que lo único que se requiere es, simplemente, apoyar una capacidad ya existente pero necesitada de una mera ayuda complementaria.

No se oculta el mayor esfuerzo que la atención de estas personas requiere, pero ha de tenerse muy claro que la compensación a recibir es enorme, por cuanto se logran resultados, realmente, muy confortantes y se alcanza la satisfacción de ver como estas personas lejos de ser arrastradas al territorio de la incapacidad -lo que, fácilmente puede suceder, y de hecho sucede, cuando no se las sabe educar adecuadamente- se mantienen con una gran regularidad en el terreno de la capacidad intelectual. (Benigno VARELA. *La protección patrimonial de las personas con capacidad límite*. Conferencia. U. M P. Santander 2007).

(13) En otros modelos, como el inglés, el ámbito de protección, con independencia del grado de minusvalía, puede determinarse, por diversos hechos, como el de la consideración social, límites cercanos al de minusvalía, posibilidades reales de atención, una predisposición genética a desarrollar una determinada deficiencia, o existencia o posibilidad de discriminación, junto a una deficiencia reconocida, discriminación por haber padecido una enfermedad incapacitante, etc.

ejemplo anteriormente expuesto, claros supuestos de revisión, máxime, cuando en el Preámbulo de la Convención se indica que “se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad”.

En definitiva, la Convención (14) a mi juicio, obliga a cambiar “el criterio medico- reglamentario”, por “el criterio de no discriminación social”, de modo que la condición de discapacidad debería ser más amplia y flexible, lo que favorecería la inclusión de buena parte de las situaciones sociales provenientes de la discriminación.

3. Las Definiciones

El Art. 2 de la Convención, señala una serie de definiciones básicas, a los fines de la correcta interpretación de su articulado. Así, se especifican los siguientes:

- A. La «**comunicación**» incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macro tipos, los 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.

Se desarrolla esta definición en el Art. 21. “Los países deben promover el acceso a la información, proporcionando la información prevista para el público en general en formatos y tecnologías accesibles, facilitando el uso del Braille, el lenguaje por señas y otras formas de comunicación y alentando

(14) También deberían ser objeto de revisión el concepto de discapacidad expuesto en la Ley 52/2003 y la incidencia que supone la Ley 62/2003, que traspuso la Directiva 2000/78/CE.

- a los medios de comunicación y a los proveedores de Internet a ofrecer información en línea en formatos accesibles “.
- B. Por «**lenguaje**» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;
 - C. 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.

Ya en el Preámbulo, el problema de la discriminación se resalta con especial énfasis, bien en su aspecto subjetivo, “Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano”; como en el medial, “Destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza (15) y reconociendo, a este respecto, la

(15) La ONU cifra en 650 millones de personas el número de las que sufren algún tipo de discapacidad, es decir alrededor del 10% de la población mundial. El 80% de las personas con discapacidad vive en países en desarrollo. La discapacidad alcanza tasas más altas entre la población con menor nivel educativo: un 19% frente al 11% de quienes disfrutan de mayores logros educativos. El 20% de la población más pobre del mundo sufre discapacidad, según datos del Banco Mundial. El 30% de los jóvenes que viven en la calle son, según UNICEF, discapacitados. La mujer con discapacidad es objeto de malos tratos, abusos sexuales y discriminación laboral, siendo la mujer mayor, el ser más vulnerable del planeta.

En los países en que la mortalidad de niños menores de cinco años ha disminuido por debajo del 20%, alcanza sin embargo el 80%, para los niños con discapacidad.

El 90% de los niños con discapacidad no asiste a la escuela, según la UNESCO.

La tasa de alfabetización de los adultos con discapacidad es del 3%, que desciende al 1% en el caso de las mujeres.

necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad”.

Estas definiciones deben ponerse en relación con el Art. 5, que las concreta y desarrolla:

1. Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante 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.

Medidas denominadas tradicional e inadecuadamente, como de discriminación positiva”, y que acertadamente en los últimos tiempos se consideran “valores positivos de adecuación”, al aplicarse para que las condiciones de accesibilidad en los distintos campos, otorguen a la persona con discapacidad, una igualdad real con los demás.

El desempleo entre los discapacitados alcanza un 80%. Las personas con discapacidad en edad de trabajar son casi 400 millones en todo el mundo.

Estos datos son estremecedores. En muchos países no desarrollados las situaciones cotidianas hacen muy complicada y limitada la vida de muchas personas con discapacidad y aunque los países desarrollados tienen una serie de medidas ya adoptadas que hacen más cómoda la vida de estas personas, son muchos los supuestos de discriminación que sufren.

D. Por «**ajustes razonables**» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La Convención dispone que el hecho de no conceder a una persona “ajustes razonables” equivale a discriminación por motivos de discapacidad. En consecuencia, toda definición legislativa de discriminación deberá incluir como acto de discriminación la denegación de ajustes razonables que figura en el Art. 2 y que comprenderá:

- Adquirir o modificar equipo;
- Modificar las instrucciones en los manuales de consulta
- Modificar los procedimientos de examen de ingreso o de evaluación;
- Proporcionar un lector o intérprete;
- Proporcionar supervisión.

Según la Carta Magna para Personas con Discapacidad de Filipinas, en relación con la prestación de servicios y alojamientos públicos, la discriminación incluye: “no efectuar modificaciones razonables en las políticas, prácticas o procedimientos, cuando dichas modificaciones sean necesarias para que los bienes, servicios, instalaciones, privilegios, ventajas o alojamientos estén al alcance de las personas con discapacidad, a menos que la entidad pueda demostrar que estas las alterarían fundamentalmente el carácter de los bienes, instalaciones, servicios, privilegios, ventajas o alojamientos”.

En algunos países (16), la legislación exige al Gobierno que dé preferencia en sus adquisiciones públicas al equipo y la tecnología que cumplan normas de accesibilidad y de diseño universal e inclusivo. Por ejemplo, la sección 508 de la Ley de Rehabilitación de EEUU, de 1973, exige como “Requisitos para los departamentos y organismos federales”, la plena accesibilidad, para el “Desarrollo, adquisición, mantenimiento o utilización de tecnología electrónica y de información”, de forma que para desarrollar, adquirir, mantener o utilizar tecnología electrónica y de información, todo departamento u organismo federal, incluido el Servicio de Correos de los Estados Unidos, se asegurará de que, a menos que ello suponga una carga excesiva al departamento u organismo, permita, independientemente del tipo de medio que utilice la tecnología, tanto a las personas con discapacidad que sean empleados federales el acceso y uso que hagan los empleados federales que no tengan discapacidad; pero también a las personas con discapacidad que como meros usuarios busquen información o servicios de un departamento u organismo federal, tengan un acceso a información y datos y un uso de éstos que sean equiparables al de los demás usuarios que no tengan discapacidad.

Es necesario señalar que como “Medios alternativos de acceso”, deben preverse aquellas soluciones idóneas para contrarrestar “las cargas excesivas”.

(16) La Ley australiana de “discriminación por motivos de discapacidad”, de 1992, impone a los empleadores, autoridades y docentes a efectuar “ajustes razonables” en tanto que ello no imponga una carga injustificable o no sea razonable. La sección 11 dispone que “al determinar lo que constituye carga injustificable, se deberán tener presentes todas las circunstancias pertinentes del caso de que se trate”, señalando los siguientes:

El efecto de la discapacidad de la persona afectada; Las circunstancias financieras y el monto estimado del gasto que ha de efectuar la persona que alegue carga injustificable; En el caso de la prestación de servicios, o la reforma de instalaciones para hacerlas accesibles; Un plan de acción que se entregará y estudiará a Comisión Australiana de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades; etc.”.

La Ley española, de 2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que dispone un ajuste razonable, utiliza la expresión “carga desproporcionada” en su legislación, considerando que “Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.” (Art. 7).

Del mismo modo en las “Normas sobre adquisiciones adaptadas a la discapacidad en los Estados Unidos de América”, antes citada, “cuando el desarrollo, adquisición, mantenimiento o utilización de tecnología electrónica y de información que satisfaga las normas publicadas por la Junta imponga una carga excesiva, el departamento u organismo federal proporcionará a las personas con discapacidad incluidas en el párrafo 1) la información y los datos pertinentes por un medio alternativo de acceso que permita a la persona utilizar la información y los datos”.

- E. Por «**diseño universal**» se entenderá 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. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

4. Los Principios generales

Los Principios generales revisten gran importancia tanto a la hora de la interpretación y aplicación de sus cláusulas, como del efecto que irradian en los derechos internos de los Estados Partes, en orden a su adaptación y eficacia.

Según el Art. 3, son:

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

Pasaremos a continuación a su estudio:

1. a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.

No resulta fácil determinar el contenido y alcance del concepto de dignidad. Frecuentemente se parte de su noción como “condición innata al hombre, por naturaleza, como ser pensante, capaz de tener y transmitir sentimientos e ideas”, pero seguidamente se adhieren o intercalan junto a los de igualdad, libertad y utilidad social.

No puede quedar distorsionado este enfoque, en el sentido de considerar la protección a la persona con discapacidad como concesión caritativa, compasiva o autocomplaciente de una sociedad que va a decidir qué es lo mejor, y cómo va a apoyar a sus colectivos mas vulnerables, sin contar con ellos o al margen de ellos, ante sus especiales condiciones, acaparando toda iniciativa.

En primer lugar, debemos resaltar y reivindicar el concepto de ciudadano que ostenta, y será en esta cualidad, desde donde tenemos que estudiar todas las consecuencias: derechos y deberes, que desde los valores superiores de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, lo integran en el Estado social y democrático de derecho (Art. 1 CE).

Este principio ya se halla recogido tanto en las normas internas como en las internacionales. La Constitución Española de 1978 en su Título I bajo el epígrafe “De los derechos y deberes fundamentales”, proclama que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España.” (Art.10. 1 y 2 CE).

En el ámbito de la Unión Europea la Recomendación nº R(99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, es definida como “especial merecimiento a la persona humana, por ser poseedora de la naturaleza humana que la hace ser tal”. El derecho a vivir con dignidad, incluye el derecho a un estilo de vida que haga posible su desarrollo, comunicación personal, la máxima autonomía, su integración en la sociedad y el derecho a recibir de ésta apoyo y protección.

El reconocimiento universal de la dignidad humana, determina la convicción generalizada de que estamos ante algo valioso, valioso por si mismo, inherente y consustancial al ser humano, del que participan hombres y mujeres por igual, como un valor que en estrecha vinculación con la libertad humana, se erige en el fundamento de los derechos humanos y actúa como criterio de interpretación en la validez y extensión del resto del ordenamiento jurídico, expandiéndose en la práctica forense aunque no en forma exhaus-

tiva, en la expresión concreta de los derechos humanos cuando son defendidos ante los tribunales de justicia.

En la actualidad, se configura el concepto de dignidad como el recipiente donde se vierten los derechos fundamentales de todo ciudadano, los derechos humanos que la comunidad está obligada a enumerar y reconocer, garantizándolos mediante la creación de mecanismos idóneos que los protejan eficazmente. A esta idea de dignidad humana, se adhiere necesariamente cuando nos referimos a las personas con discapacidad, el papel que desempeñan en la sociedad con independencia de cualquier consideración de utilidad económica o social.

Por eso, el concepto de dignidad se complementa con sustantividad propia pero formando parte indestructible del todo, con la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, conforme a la idea que deben ser informados adecuadamente, para establecerse objetivamente sus necesidades y ser oídos en la toma de decisiones que les incumban.

Por ello, se integra también en el concepto de dignidad, “El derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad, 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:

- 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” (Art. 19 de la Convención).

Finalmente, reconociendo 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, consolida un criterio frecuentemente olvidado y que en el ámbito jurídico de los efectos de la sentencia de incapacidad resulta de trascendental importancia en sus dos aspectos primordiales: La revisión periódica de la situación física o psíquica de la persona discapacitada y su capacidad de autogobierno para adaptarlas al sistema idóneo de “apoyos”, que también está en evolución y por tanto, sujeto a revisión o mejora.

El respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, debe tenerse en cuenta, no sólo por el legislador al regular las distintas cuestiones que les afecten, sino por los organismos e instituciones encargados de su protección.

2. b) El principio de igualdad y no discriminación

Con carácter general reconoce el Preámbulo “la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición, para afirmar categóricamente que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, por lo que

“los Estados Partes en la presente Convención, recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Consiguientemente el principio de igualdad, se aplica a la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, erigiéndose en pieza angular del sistema, introduce a la persona con discapacidad en el contexto social y marca su posición como sujeto apto para desenvolverse sin cortapisas en todas las esferas sociales y económicas, como sujeto útil y necesario para la sociedad.

El Derecho de Igualdad en sus distintos ámbitos, constituye la pieza angular del sistema de protección, de forma que:

“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, prohibiendo toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizando a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

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.

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”. (Art.5).

La discriminación comprende:

- A). No conceder ajustes razonables a las limitaciones conocidas, ya sean físicas o mentales, de una persona con discapacidad, por lo demás apta, que sea solicitante o empleado, a menos

que la entidad pueda demostrar que el ajuste impondría una carga excesiva al funcionamiento de la empresa de dicha entidad; o

- B). Negar oportunidades de empleo a un solicitante o empleado con discapacidad, por lo demás apto, si dicha negación se basa en la necesidad de que la entidad realice ajustes razonables según las deficiencias físicas o mentales del empleado o solicitante.

En España, la Ley 51/2003, ya citada, dispone un ajuste razonable, que define como “las medidas de adecuación del ambiente físico, social y de actitud a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos” (artículo 7.c)).

En el Reino Unido, la Ley sobre discriminación por motivos de discapacidad *Disability Discrimination Act*, de 1995, obliga a los empleadores a “efectuar ajustes” (s. 6.1). Esta obligación se aplica cuando “cualquier condición” o “elemento físico de los locales” del empleador, “coloca a la persona discapacitada de que se trate en situación de considerable desventaja en comparación con las personas que no tienen discapacidad”. Imponiéndose la obligación de adoptar las medidas razonables, según todas las circunstancias del caso, a fin de evitar que esa condición o elemento produzca efecto” (17).

Por tanto, la legislación de los diversos Estados partes, especialmente si se tiene presente el contexto social de la discapacidad,

(17) En la Subsección 6. 3) se exponen ejemplos específicos de las medidas que el empleador podría tomar para cumplir su obligación: Efectuar ajustes en los locales; Asignar algunas de las funciones de la persona con discapacidad a otra persona; Trasladarla para ocupar una vacante; Modificar su horario de trabajo; Asignarla a un lugar distinto de trabajo; Permitirle que se ausente durante horas de trabajo con fines de rehabilitación, evaluación o tratamiento; Impartirle en todo caso, la necesaria capacitación, o disponer que se le proporcione.

no serán contrarios a la Convención, que como subraya su Art. 4. 4, no tiene por objeto socavar o remplazar un nivel más alto de protección de los derechos de las personas con discapacidad en virtud de la legislación nacional, los Estados pueden adoptar una definición más amplia, no viniendo obligados a limitar su propia definición a las categorías que se enuncian en el artículo 2 de la Convención.

La garantía real del principio de igualdad se establece mediante las disposiciones de los Arts. 12, 13 y 14, donde se regulan los derechos al “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, “Acceso a la justicia en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos”, y el “Derecho igualdad en el disfrute del derecho a la libertad y seguridad de la persona; por el que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad”.

3. c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

El valor social de la persona con discapacidad sólo puede tener virtualidad con su efectiva participación e inclusión plena en la colectividad, por lo que “deben tener la oportunidad de participar activamente en los procesos de adopción de decisiones sobre políticas y programas, incluidos los que les afectan directamente y la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.

Es evidente la necesidad de incluir a las personas con discapacidad en los principales programas de desarrollo, especialmente en relación con los objetivos de desarrollo del Milenio. Sin su participación será imposible reducir a la mitad la incidencia de la pobreza y el hambre para el año 2015. Del mismo modo, el derecho a la enseñanza primaria gratuita y universal para todos los niños

no se logrará mientras persista el hecho de que el 98% de los niños con discapacidad de los países en desarrollo no asiste a la escuela.

Como ejemplo de actualidad podemos señalar que la mayoría de las personas con discapacidad no tienen acceso a las nuevas tecnologías, especialmente a las de información y telecomunicaciones.

La mayoría de los sitios web son inaccesibles y la tecnología de apoyo es demasiado costosa.

Por vez primera, la Convención pasa de hacer hincapié en la creación de programas especializados para las personas con discapacidad, como rehabilitación, a requerir que todos los programas de desarrollo, incluidos los que reciben apoyo mediante la cooperación internacional, incluyan y sean accesibles a las personas con discapacidad. Y, en todos los casos, las organizaciones de personas con discapacidad deben participar en la formulación de esos programas de desarrollo.

4. d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana.

Es importante constatar la diversidad de la condición humana y la necesidad de apoyar y proteger a los colectivos más vulnerables, mediante políticas de prevención y protección de todos sus derechos. Sólo así podrán integrarse en la sociedad, participando con sus capacidades y la accesibilidad ajustada a sus necesidades, conforme al reconocimiento de su valor social.

Ambas vertientes del principio de igualdad se mencionan en el Preámbulo, al señalarse de un lado, “además de la diversidad de las personas con discapacidad, igualdad y la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”, el reconocimiento de “el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades, y que la promoción del pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por

las personas con discapacidad y de su plena participación tendrán como resultado un mayor sentido de pertenencia de estas personas y avances significativos en el desarrollo económico, social y humano de la sociedad y en la erradicación de la pobreza”.

5. e) La igualdad de oportunidades.

Consecuencia directa del principio de Igualdad, la necesidad de dotar a las personas con discapacidad de los mecanismos de protección y garantía necesarios para que desarrollen todo su valor social, se pone de manifiesto en el preámbulo al reconocerse “la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad. “Destacando la importancia de incorporar las cuestiones relativas a la discapacidad como parte integrante de las estrategias pertinentes de desarrollo sostenible”.

6. f) La accesibilidad (18). (Art. 9).

La importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, es una de las cuestiones que con mayor minuciosidad se trata en la Convención.

(18) Se declara en el Preámbulo que “Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”.

Es grato constatar que la Convención se refiera a la Accesibilidad Universal en su doble vertiente de Principio y de Derecho.

Así, tras enumerarlo como principio en el Art. 3, letra f, lo regula como derecho en el Art. 9, lo que resulta extraordinariamente positivo al ser un requisito necesario para el efectivo ejercicio de los derechos, en condiciones de igualdad por todas las personas.

De no regularse la Accesibilidad Universal en la forma prevista, se incurriría en una discriminación como se encarga de constatar el Art. 2, al definirla 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”, por ello, se adoptarán medidas para asegurar el acceso al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, en zonas urbanas y rurales.

Se deberán identificar y eliminar las barreras u obstáculos que impidan o perjudiquen el acceso a los edificios, caminos, transporte, escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo. Se desarrollarán normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad y se supervisará su aplicación. (Art. 9).

Un entorno físico accesible beneficia a todo el mundo y no solamente a las personas con discapacidad. La Convención declara que deben adoptarse medidas para eliminar los obstáculos y barreras que obstaculizan las instalaciones internas y externas, entre ellas las escuelas, los centros médicos y los lugares de trabajo (Art. 9 (1) (a)).

Lo que no sólo comprende o afecta a los edificios, sino también los trayectos, los bordillos del pavimento y los obstáculos que bloquean la circulación de peatones. Con el tiempo, todas las construcciones deberán basarse en diseños que incorporen adaptaciones a las personas con discapacidad.

El Banco Mundial llegó a la conclusión de que el costo de incluir estos elementos en el momento de la construcción puede ser mínimo. Se ha demostrado también que la construcción de edificios

accesibles agrega menos del 1% a los costos de construcción, instalaciones y servicios públicos.

Mediante la Convención se pide a los gobiernos que se comprometan a dar ejemplo para conseguir la plena participación en la sociedad de las personas con discapacidad, elaborando para tal fin directrices que hagan accesibles las instalaciones y servicios públicos (Art. 9. 2. a)). Lograr la accesibilidad puede significar la construcción de rampas en los edificios públicos, señalización en Braille, lavabos accesibles e intérpretes de la lengua de signos o subtítulo digital en la televisión pública.

También el transporte, incluidos los viajes por avión, autobús, tren y taxi, es de vital importancia para vivir de forma independiente. En muchos casos, a las personas con discapacidad, especialmente las que tienen deficiencias visuales o no pueden trasladarse con facilidad, se les niega el acceso a estos servicios esenciales y, por lo tanto, se les impide asistir a la escuela, tener empleo o recibir tratamiento médico.

7. g) La igualdad entre el hombre y la mujer. Especial consideración a la protección de mujeres, niñas y niños con discapacidad.

La igualdad entre todos los seres humanos, determina la igualdad entre hombres y mujeres, reconociéndose si duda alguna, que por razones históricas, religiosas, laborales y sociales las mujeres han sido claramente discriminadas.

Partiendo de la base de que (19) “las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y

(19) Preámbulo de la Convención. Recordándose “el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”.

fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, se reafirma la patente situación de discriminación en la que aún está la mujer en la mayor parte del planeta y su mayor vulnerabilidad (20) si se encuentra en situación de discapacidad, reconociendo que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, se adoptarán las medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención” (Art. 6).

Se reconoce por tanto un plus de atención y protección a la mujer con discapacidad dado el mayor plus de vulnerabilidad en el que se encuentra, y a lo largo de la Convención se insiste en ello, en relación a todos los derechos que formula.

Las mujeres y niñas con discapacidad, son el objeto específico del Art. 6, que dispone que “Los Estados Partes... adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” y “tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención” refiriéndose a todas las cuestiones relacionadas con los derechos a la salud(Art. 25); derecho al trabajo (Art. 27); derecho a

(20) Se destaca en el Preámbulo “el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en las personas con discapacidad, y “Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad”.

la educación (Art. 24); así como otros de mayor generalidad como “Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza (Art. 28,2,b); la protección contra la explotación, violencia, y los abusos (Art. 16); y la participación en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. “Los miembros del Comité serán elegidos por los Estados Partes, que tomarán en consideración una distribución geográfica equitativa, la representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad” (Art.34).

8. 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.

En el sentido ya apuntado, se señala en el Preámbulo que los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y recordando las obligaciones que a este respecto asumieron los Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité sobre los Derechos del Niño ha sido el órgano creado en virtud de un tratado que ha desarrollado una actividad más intensa en la esfera de los derechos humanos y la discapacidad. Sistemáticamente solicita información de los Estados sobre el ejercicio de los derechos de los niños con discapacidad en los respectivos países.

En septiembre de 2006 el Comité sobre los Derechos del Niño declaró que los niños con discapacidad todavía experimentan graves dificultades para ejercer plenamente los derechos enunciados, e hizo hincapié en que el obstáculo que se opone al pleno ejercicio de esos derechos no es la propia discapacidad, sino una combinación de obstáculos sociales, culturales, de actitud y de carácter fi-

sico que confrontan cada día los niños con discapacidad. El Comité ha prestado asesoramiento a los Estados promoviendo el registro al nacer y el acceso a información sobre el ambiente familiar y atención alternativa, los servicios básicos de salud y asistencia social, la educación y el esparcimiento, la justicia juvenil y la prevención de la explotación y el abuso.

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

En todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño.

Los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho” (Art. 7).

También se reconoce una protección singularizada a los derechos a la realidad familiar, maternidad, paternidad y matrimonio (Art. 23); derecho a la salud (Art. 25); derecho a la educación (Art. 24); así como otros de mayor generalidad como “Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza (Art. 28, 2, b); la protección contra la explotación, violencia, y los abusos (Art. 16); intervención en la vida cultural y actividades deportivas y lúdicas “asegurando 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, incluidas las que se realicen dentro del sistema escolar (Art.30); entre otros.

5. Los derechos expresamente reconocidos y su desarrollo

5. 1. El derecho de Igualdad y no discriminación como eje vertebrador del sistema. Los derechos de Igualdad ante la ley y acceso a la justicia (Art. 12 y 13)

Como ya vimos, la misión de la Convención no va dirigida a crear nuevos derechos, sino a desarrollarlos en cuanto a su promoción (21), protección y garantía, para que todas las personas con discapacidad específicamente consideradas, puedan ejercerlos en condiciones de total igualdad; siendo esta igualdad, el pilar fundamental y el eje vertebrador, en cuanto tendrá una aplicación transversal, en todo el recorrido de la Convención.

En el Art. 5, se regula el derecho fundamental de Igualdad y no discriminación por el que *“Los Estados Partes reconocen que todas las personas son iguales ante la ley, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna”*.

Para conseguir estos fines, *“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.*

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.

No se considerarán discriminatorias, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”.

(21) En cuanto a la promoción el Preámbulo reconoce “la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad”.

La Convención afronta las dificultades de las personas con discapacidad para el ejercicio de los derechos, que debe compensarse a través de ciertas medidas. Pero estas medidas se integran en el concepto de “Igualdad”, pues de lo contrario las personas con discapacidad dejarían de ser ciudadanos titulares de derechos como los demás. Sin esta protección especial, quebrantaríamos el derecho a la igualdad.

Así lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional (22), que consagra que el principio de igualdad no impide tratar en forma diferente situaciones diferentes, pues la Constitución prevé un tratamiento diferenciado de ese colectivo, a su favor en determinadas

(22) En STC 269/94, de 3 de octubre, se ha referido a la legitimidad de las medidas de discriminación inversa a favor de personas con discapacidad aplicado una interpretación sistemática del Art. 14, y de los Arts. 9.2 y el 49 CE, teniendo en cuenta además, el Art. 10.2, en la aplicación de las normas internacionales en esta materia.

“La legitimidad constitucional de medidas de esta naturaleza equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede ser valorada en el mismo sentido global, acorde con las dimensiones del fenómeno que trata de paliarse, en que se han adoptado, adecuándose a su sentido y finalidad. Por ello no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar”.

“No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciado en el Art. 14 C.E., es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación. Precisamente porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones para el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la O.I.T.) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas. De ahí la estrecha conexión de estas medidas con el mandato contenido en el Art. 9.2 C.E., y, específicamente, con su plasmación en el Art. 49 CE.

ventajas o prestaciones: consecuencia de una política de *previsión, tratamiento, rehabilitación e integración*, de *atención especializada*, y de *amparo especial* de sus derechos, con las únicas limitaciones de su aplicación razonable y proporcionada al fin que se persigue.

Otra connotación importante es la aplicación de todos los derechos que a continuación se exponen, bajo el principio de transversalidad, por el cual, las actuaciones que desarrollan las Administraciones públicas no se limitan únicamente a efectuar planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad.

El principio de transversalidad se expande desde la prohibición general de discriminación y por toda la convención de forma individualizada:

A) Con carácter general

“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 y de modo específico la prohibición. (Art. 2 sobre Definiciones).

“Los Estados Partes 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. (Art. 4 inciso 1 y apartado b).

B) Con carácter particular

- Sobre el “Respeto del hogar y de la familia”, Art. 23, inciso 1.
- El Derecho a la Educación, Art. 24, incisos 1 y 5.
- Derecho al Trabajo y empleo, Art. 27, inciso 1 apartado a).
- El Derecho a la Salud, Art. 25, e) y f).
- El Derecho a la Participación en la vida política y pública, Art. 2, b).
- El Derecho a un “Nivel de vida adecuado y protección social”, Art. 28 in. 1 y 2.

Consecuencia directa del Derecho de Igualdad, y su derivación natural confluyen en los Derechos de Igual reconocimiento como persona ante la ley, del Art. 12, y el de Acceso a la justicia, Art. 13.

5. 2. Reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica entre persona con y sin capacidad

Insiste la Convención en el reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica entre personas con y sin capacidad, motivo de la distinta significación de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar en los sistemas jurídicos (23) de los Estados Partes, lo que determina, que la regulación final se decante por hacer hincapié en las situaciones donde sea necesaria la intervención de tercero, cuando la persona con discapacidad tenga limitaciones en la toma de decisiones propias, decantándose por acoger

(23) Se suscitó una agria polémica entre los países de la Unión Europea y los países que pretendían no hacer ninguna referencia a la capacidad de obrar, como los países islámicos, China y Rusia que se zanjó con la adopción final de texto por parte del Comité Especial, de una nota a pie de página en el artículo 12, que dice: “En árabe, chino y ruso, la expresión “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de ostentar derechos” no a la “capacidad de obrar”.

el sistema de “apoyos”, frente al más generalizado de “sustituciones” o “representación”.

En el Preámbulo de la Convención se dispone que:

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.

Se trata de una importante innovación de los conceptos de capacidad jurídica, y capacidad de obrar, que quedan englobados en un todo inseparable, que con un sistema de apoyos adecuados, pero nunca “sustitutivos” de la voluntad personal, le aseguran mediante la adopción de salvaguardias efectivas, plena capacidad de decisión en el ejercicio de sus derechos, “incluidas aquellas que necesiten un apoyo más intenso” (Preámbulo, j).

Lo examinaremos con mayor detenimiento posteriormente.

5. 3. El derecho de igualdad ante la ley. Especial consideración a la protección de mujeres, niños y niñas con discapacidad

El complemento necesario del derecho de Igualdad ante la ley, en su protección y garantía, lo encontramos en el de tutela judicial efectiva, que junto con la adecuación de los distintos sistemas ju-

rídicos de los estados miembros a la participación real en la administración de Justicia, y el acceso al trabajo en la administración de Justicia, personal policial y penitenciario, denomina, “Igualdad en el acceso a la Justicia”. De esta forma, *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás (24), incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares (Art.13.1).*

A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario (Art. 13.2).

6. La accesibilidad como medio para alcanzar la Igualdad (Art. 9)

La universalidad de los derechos humanos persiste como una asignatura pendiente y es indudable que existen determinados grupos que enfrentan dificultades más gravosas que el resto para el ejercicio pleno de tales derechos (25).

(24) Como veremos en la segunda parte del trabajo, en este campo serán necesarias, importantes adaptaciones de nuestro derecho interno a los postulados de la Convención, como resulta de la ley del Jurado, LECrim, Ley de Igualdad de Oportunidades, etc.

(25) Intervención de D^a Liliana Valiña, Representante Adjunta en México de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Desafíos de la armonización legislativa. (Secretaría de Relaciones Exteriores, México D.F. 3 de diciembre de 2007). Por ello, en el Preámbulo se establece que “Reconociendo la importancia de la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, a la

Las personas con discapacidad son uno de ellos. Los obstáculos físicos, culturales, arquitectónicos, económicos y sociales que enfrentan les dificultan, y en no pocas ocasiones impiden, recibir educación apropiada, conseguir empleo, acceder a la seguridad social, gozar de un nivel adecuado de vida, obtener adecuados servicios médicos, expresarse y recibir información, trasladarse de un lugar a otro, por citar algunos ejemplos de la discriminación específica que tienen que soportar frecuentemente.

El concepto de accesibilidad, de una parte, es una herramienta imprescindible e irrenunciable para lograr la igualdad real de las personas con discapacidad. Solo cuando se les garantice un entorno accesible, podrán gozar y ejercer sus derechos como auténticos ciudadanos en igualdad de condiciones. De ahí, que se la considere como base principal para hacer realidad práctica el Derecho de Igualdad.

Si la igualdad fuera agua, la accesibilidad sería el vaso que permite beberla.

A esta primera acepción, se hace referencia en el Art. 9.1; donde:

“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 de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”.

Desde su otra perspectiva, y superado esta primera acepción que culmina en la idea de vida independiente, entornos más practica-

salud y la educación y a la información y las comunicaciones, para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

bles, y eliminación de las barreras físicas, se pasa a demandar «diseño para todos», y no sólo de los entornos, reivindicando finalmente la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, servicios y productos para que sean percibidas y comprendidas, utilizables y practicables por todas las personas.

La ausencia de accesibilidad de los entornos, productos y servicios, supone en definitiva, una forma sutil pero muy eficaz de discriminación, de discriminación indirecta, pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquellas que no lo son.

Finalmente ambas acepciones se entrecruzan, de la misma manera que sucede, cuando una práctica o disposición legal, trata de forma menos favorablemente a una persona con discapacidad que a otra que no lo es.

“Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a: Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia” (Art. 9.1, inciso segundo).

Consiguientemente, el principio de accesibilidad tiene por objeto eliminar los obstáculos que dificultan el ejercicio de los derechos. La cuestión no sólo tiene que ver con el acceso físico a lugares, sino también con el acceso a la información, a las nuevas tecnologías como el Internet, la comunicación y a la vida económica y social. La construcción de rampas, de pasillos y puertas suficientemente anchos y sin obstrucciones, la colocación de tiradores en las puertas, la disponibilidad de información en Braille y en formatos fáciles de leer, el empleo de interpretación o intérpretes de la lengua de signos y la disponibilidad de asistencia y apoyo pueden lograr que una persona con discapacidad tenga ac-

ceso al lugar de trabajo, a un lugar de esparcimiento, una urna electoral, el transporte, un juzgado, etc.

Sin acceso a la información o sin la capacidad de trasladarse con libertad, quedan restringidos también otros derechos de las personas con discapacidad.

Convergen así los principios de accesibilidad y de no discriminación, acrisolándose la idea del “derecho vivo”, en movimiento, cuya utilidad práctica solo se alcanza desde la real posibilidad de su ejercicio, impuesto a toda la sociedad desde la situación y demandas de las personas con discapacidad, sin estruendo y con la mayor naturalidad. Así lo reconoce el Preámbulo de la Convención al señalar “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”.

Finalmente, se imponen una serie de minuciosas obligaciones para garantizar su cumplimiento. Así, en el Art. 9.2; se indica que:

“Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermedios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la

lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

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”.

Como ya dijimos anteriormente, no podemos seguir analizando la discapacidad desde los criterios pietistas de la caridad y de la resignación. Su configuración desde una perspectiva de derechos humanos transforma al protagonista, reconociéndole derechos y deberes en su condición de persona que vive en condiciones de desigualdad. Ello implica, además, abordar la discapacidad como uno de los múltiples retos que enfrentan las sociedades plurales dentro de un contexto de diferencias.

Se trata, en efecto, de un auténtico cambio de paradigma, al que la no ha sido ajena la Convención.

Por desgracia, no es difícil constatar, que la actual sociedad, es a veces insolidaria, egocentrista, extremadamente competitiva, y desprovista de conciencia social, todavía no ha comprendido, ni en muchos casos percibido, la autentica realidad de las personas con discapacidad. Desde esta perspectiva del “no existe lo que no me interesa”, del “yo paso”, o peor aún, no haber intuido siquiera el problema, por estar tan en lo alto de la montaña que solo mirar abajo, produce vértigo... sea lo que fuere, la sociedad actual, en buena medida vive de espaldas a la discapacidad, o no la tiene en cuenta por ser un “fenómeno invisible”, como sucediera tiempo atrás con la violencia doméstica (26).

(26) Debemos insistir en la situación de máxima vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres mayores de 65 años con discapacidad, cuyo factor de riesgo

En este sentido, pensar que cualquiera y en cualquier momento puede verse en una situación de incapacidad física causada por un accidente de coche o de una pérdida importante o total en la capacidad de decisión producto de la enfermedad de alzheimer, a veces tan próxima, es motivo suficiente para reflexionar.

7. La toma de conciencia, como instrumento necesario en el ejercicio del derecho de igualdad y no discriminación

En el Art. 8, se trata esta importante cuestión, bajo la doble perspectiva de las obligaciones impuestas a los Estados Parte, como de las concretas medidas aplicables.

1. *“Los Estados Partes se comprometen a 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 y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas;

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;

Promover la toma de conciencia respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

2. *“Las medidas a este fin incluyen:*

- *Poner en marcha y mantener campañas efectivas de sensibilización pública destinadas a:*
- *Fomentar actitudes receptivas respecto de los derechos de las personas con discapacidad;*
- *Promover percepciones positivas y una mayor conciencia social respecto de las personas con discapacidad;*

se intensifica por la enfermedad psíquica, que le impide comunicarse y por tanto denunciar, o por imposibilidad física de denunciar su situación.

- *Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;*
- *Fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respeto de los derechos de las personas con discapacidad;*
- *Alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención;*
- *Promover programas de formación sobre sensibilización que tengan en cuenta a las personas con discapacidad y los derechos de estas personas”.*

La Convención obliga a los Estados partes a crear un entorno favorable que permita a las personas con discapacidad gozar plenamente de sus derechos en igualdad de condiciones con los demás. Esas disposiciones se concretan en los aspectos siguientes, que a su vez se complementan:

- *Divulgación.* Para que las personas con o sin discapacidad conozcan sus derechos y obligaciones;
- *Accesibilidad.* Clave para el ejercicio de todos los derechos y para llevar una vida independiente en la comunidad;
- *Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias.* Causa de discapacidad que exige una actuación específica del Estado para garantizar la protección;
- *Acceso a la justicia.* Esencial para que las personas con discapacidad reclamen sus derechos;
- *Movilidad personal.* Para asegurar y fomentar la independencia de las personas con discapacidad;
- *Habilitación y rehabilitación.* Para que las personas con discapacidad congénita y las que tengan una discapacidad ad-

- quirida, respectivamente, puedan alcanzar y mantener su máxima independencia y capacidad;
- Recopilación de datos y estadísticas como base para formular y aplicar medidas de política que fomenten y protejan los derechos de las personas con discapacidad.

V. DE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS ESPECÍFICAMENTE RECONOCIDOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Muy sintéticamente podemos agruparlos y estudiarlos, en razón a la persona y su entorno; a su libertad y autonomía personal; a su integración social y política; a su salud, a su trabajo y empleo; a su educación y cultura; y a su patrimonio. Se enfocan desde un punto de vista realista y práctico, por lo que su desarrollo como veremos, puede determinar importantes modificaciones en nuestro derecho interno.

1. Protección a la persona con discapacidad y su entorno. Garantías

En el Preámbulo de la Convención se establecen como señas de identidad de la misma, una relación, de derechos a proteger y garantizar en su especial aplicación a las personas con discapacidad, así como a las situaciones que van a condicionar su entorno y viabilidad de ejercicio.

El primero de ellos, señala que “Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos” que se complementa con el que establece que “Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad

y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones”.

1. 1. Derecho a la vida. Art.10

Bajo los principios expuestos, el Art.10, señala que:

“Los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”.

Aunque el derecho a la vida tiene en derecho internacional, una vigencia universal, y constituye un derecho básico sin el cual no es posible la realización de los otros, la Convención incide en la importancia y trascendencia de esta declaración, dado el escaso valor que en algunas culturas se le otorga a la persona con discapacidad, donde aún es vista con indudable recelo como prueba o castigo para los progenitores, o tara familiar, y en relación a países cuya legislación autoriza cuando se diagnostica una discapacidad ante el nacimiento de un niño o de una niña, la práctica del aborto, aunque no se permite el aborto en el resto de las situaciones.

Si bien la Convención, como parte del sistema de Derechos Humanos, no aporta nueva luz respecto al caso de aborto eugenésico y la selección genética o embrionaria, sí parece acorde con la Convención que el caso de aborto eugenésico (discriminación en el valor de la vida de las personas), desaparezca en una futura revisión de la ley del aborto basada en plazos.

En todo caso, su tenor y la referencia a la “igualdad de condiciones” permite cuestionar la actual legislación española que, si

bien penaliza el aborto con carácter general, contempla como un supuesto de despenalización el llamado aborto “eugenésico”.

Esta regulación puede resultar discriminatoria para las personas con discapacidad, por lo que parece más acorde con la Convención el establecimiento de una ley de plazos en la que se eliminara esta referencia.

1. 2. Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias. Art.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”.

La vulnerabilidad de las personas con discapacidad, aumenta progresivamente ante situaciones coyunturales adversas, como guerras, catástrofes, desplazamientos masivos, etc. Los colectivos de personas con discapacidad deberán evaluar concretamente la legislación que afecta a estas situaciones, fundamentalmente la de emergencias, planes específicos de evacuación y protocolos de actuación al respecto.

Piénsese en la situación de desamparo en que pueden hallarse las personas con discapacidad en supuestos de huelgas, incendios, inundaciones y otras catástrofes naturales.

1. 3. Igual reconocimiento como persona ante la ley. Artículo 12

El Igual reconocimiento como persona ante la ley: desarrollo de un principio clave.

Antes de entrar en el examen de este precepto fundamental de la Convención, permítaseme hacer las recapitulaciones siguientes.

Como hemos visto, el tratamiento de las personas con discapacidad es regulado por nuestra Constitución desde dos perspectivas complementarias, al considerarlas de un lado, como titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; y de otro, como miembros de un colectivo que requiere una especial protección para el disfrute de los mismos.

En principio, la combinación de ambas perspectivas parece adecuada y ajustada a los principios de la Convención Internacional, pero resulta imprescindible efectuar importantes matizaciones:

A) El concepto de discapacidad que señala el Art. 1, “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”, podría calificarse como un concepto mínimo y abierto, en base el Preámbulo de la Convención se indica que “se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad”.

También 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 participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Letra e); al tiempo que se reafirma “la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación” (c).

Este carácter “dinámico”, resultará trascendental en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar (Art. 12).

Con esta definición se persigue asegurar desde una perspectiva múltiple, una clasificación del funcionamiento y de la discapacidad

como un proceso dinámico y en permanente evolución. De otro lado, nos da una visión coherente de las diferentes dimensiones de la salud, colocándonos en una triple perspectiva: La individual, la biológica y la social, que tendrán que ser siempre tenidas en cuenta, facilitando su estudio multidisciplinar, proporcionándonos ante el conflicto que puede producirse entre el derecho y su aplicación, la solución, sobre la base del principio de igualdad de condiciones con los demás; lo que consagra la posibilidad de acudir a la aplicación de “Valores positivos” (antes discriminación positiva), actuaciones que favorezcan positivamente al colectivo, como plus o complemento necesario para acelerar o lograr la igualdad de hecho (Art. 5.4).

Se trata por tanto de una definición de mínimos y claramente abierta, pues además de incluir a las personas concretamente mencionadas, no excluye a otras personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estado, o las que se deriven de nuevas situaciones concretas.

En definitiva, el concepto de “personas con discapacidad” se aplica a todas aquellas personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al enfrentarse a diversas actitudes negativas u obstáculos físicos, pueden tener dificultades para integrarse plenamente en la sociedad.

Ni es exhaustiva ni excluye a categorías más amplias de personas con discapacidad que ya estén amparadas por la legislación nacional, incluidas las personas con discapacidad temporal o aquellas que sufrieron discapacidad en el pasado.

B) La Convención adopta el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual.

La configuración tradicional de la incapacitación, desde una concepción que tiene como base el modelo médico, puede suponer una limitación excesiva e incluso absoluta de la capacidad de obrar,

en aquellas personas con alguna deficiencia física, intelectual o psicosocial, impidiéndoles la realización de actos de carácter personal y patrimonial o suponiendo en la práctica, un modelo de sustitución en la toma de decisiones. La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar.

C) También es preciso señalar que el objetivo esencial de la Convención es implantar el derecho de igualdad, en toda su extensión, haciendo hincapié en su carácter fundamental y transversal en la interrelación de derechos.

Con carácter general reconoce el Preámbulo “la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición, para afirmar categóricamente que “la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano, por lo que “los Estados Partes en la presente Convención, recordando los principios de la Carta de las Naciones Unidas que proclaman que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y el valor inherentes y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.

Consiguientemente el principio de igualdad, se aplica a la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, erigiéndose en pieza angular del sistema, introduce a la persona con dis-

capacidad en el contexto social y marca su posición como sujeto apto para desenvolverse sin cortapisas en todas las esferas sociales, políticas y económicas, como sujeto útil y necesario para la sociedad, terminando su trayecto en un proyecto viable de vida independiente.

El derecho de igualdad en sus distintos ámbitos, constituye la pieza angular del sistema de protección, de forma que:

“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, prohibiendo toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizando a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

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.

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” (Art.5).

Hay que seguir insistiendo en que la Convención complementa los demás tratados internacionales relativos a derechos humanos. No reconoce ningún nuevo derecho para las personas con discapacidad, pero enumera las obligaciones de los Estados de respetar y velar por la igualdad en el ejercicio de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que se aprobaron después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aclararon las medidas que los Estados deben adoptar para que esos derechos sean respetados en determinadas situaciones. Por ejemplo, hay tratados que específicamente protegen a los niños o

a los trabajadores migratorios y sus familias, que prohíben la tortura o que protegen contra la discriminación por razón de sexo o raza. La nueva Convención se concentra en las medidas que los Estados deben adoptar para que se respeten los derechos humanos de las personas con discapacidad.

De este modo, un derecho que ya se estableció en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - el derecho a igual protección legal - lo amplía y desarrolla, adaptándolo a las necesidades específicas de las personas con discapacidad.

Y entrando ya en materia, dispone el Art. 12 que:

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con disca-

pacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria (Art. 12).

El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley es fundamental, no sólo como derecho en sí mismo, sino también como requisito previo para el pleno goce de otros derechos, puesto que únicamente con el reconocimiento como persona ante la ley pueden protegerse los derechos a través de los tribunales (el derecho a recurso), posibilitando a una persona a celebrar contratos (el derecho al trabajo, entre otros), a comprar y vender bienes (el derecho a poseer bienes por sí solo y en asociación con otros) y a contraer matrimonio (el derecho a casarse y fundar una familia).

A las personas con discapacidad se les ha negado con frecuencia el derecho a ser iguales como cualquier otra persona ante la ley, simplemente por el hecho de existir una discapacidad. Algunas personas con discapacidad no han sido inscritas en el registro al nacer y a otras se las ha privado de su capacidad civil, totalmente y sin necesidad, traspasándola a tutores que han abusado de la persona a quién tenían la obligación de proteger. Por ello la Convención describe explícitamente el derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley y las medidas que los Estados deben adoptar para que ese derecho no sea vulnerado.

La Convención contiene implícitamente tres deberes distintos que obligan a todos los Estados partes:

La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, los Estados no deben realizar experimentos médicos en personas con discapacidad sin su consentimiento ni excluir a ninguna persona de la escuela por razón de discapacidad.

La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros. Por ejemplo, los Estados deben exigir a los empleadores privados que establezcan condiciones de trabajo justas y favorables para las personas con discapacidad, incluido un ajuste razonable. Los Estados deben mostrar diligencia en la protección de las personas con discapacidad contra los malos tratos o abusos.

La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos. Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En definitiva, la Convención unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de ahí, proporcionando los mecanismos de apoyos adecuados, garantizar a la persona con discapacidad, su plena capacidad para realizar cualquier acto o negocio jurídico.

1. 3. 1. Problemática entorno a la distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar

Una de las cuestiones más polémicas en las negociaciones suscitadas en torno a la Convención, lo constituyó el aspecto relativo al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, poniendo en peligro la adopción del texto final.

Ello en virtud principalmente de un enfrentamiento entre aquellos países que abogaban por un reconocimiento pleno, tanto en la

capacidad jurídica como de obrar, liderados esencialmente por la Unión Europea, y aquellos países que abogaban por no incluir una referencia relativa a la capacidad de obrar, liderados por un amplio número de países islámicos, China y Rusia. La disputa se saldó al momento de la adopción final de texto por parte del Comité Especial, con la inédita introducción de una nota a pie de página en el artículo 12 con la siguiente enunciación: «En árabe, chino y ruso, la expresión «capacidad jurídica» se refiere a la «capacidad jurídica de ostentar derechos» no a la «capacidad de obrar».

El texto final por parte de la Asamblea General, omitió la nota de pie de página, dando lugar a una disposición innovadora y de gran importancia, al imponer obligaciones a los Estados, que en su gran mayoría, significará la reforma de la legislación interna sobre capacidad jurídica y su ejercicio.

¿Debemos entender que el marco legal establecido por el Art. 12, impone un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad legal de las personas con discapacidad, cuando resulta necesaria la intervención de terceros, cuando la persona no pueda por si sola tomar decisiones propias?

¿Supone un cambio del actual sistema de “Sustitución representativa”, por un modelo innovador de “Apoyos”?

Aquí radica una de las cuestiones clave de la Convención, que a mi entender, se decanta indudablemente por el sistema de apoyos, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión a la regulación propia del derecho interno.

Solo así tiene razón de ser el concepto de “discapacidad”, como el resultado de la interacción entre una persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que limita la capacidad de ejercer una o más de las actividades esenciales de la vida diarias y un entorno con barreras que no le ofrece los servicios y apoyos necesarios, limitando y restringiendo su participación.

“El reconocimiento de la personalidad jurídica” de las personas con discapacidad, “que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, me-

diante las medidas pertinentes para proporcionar acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”, que los Estados parte están *“obligados a adoptar”*, *“proporcionando las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos”*, supone la asunción del sistema de apoyos, sin complejos ni vacilaciones.

Consecuencia de ello será que en las resoluciones judiciales relativas “a las modificaciones de la capacidad” debemos partir, reconocer y potenciar, la capacidad acreditada en el caso concreto, a partir de las habilidades naturales de la persona, en los ámbitos siguientes:

- A) Personal y de vida independiente, relativas al auto cuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc.; así como las cotidianas: comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, uso del transporte, respuesta ante la necesidad de ayuda etc.
- B) Cuidado de la salud: utilización de medicamentos, seguimiento de pautas alimenticias, auto cuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc., conocimiento y consentimiento del tratamiento.
- C) Económico-jurídico-administrativas:
 - 1) Conocimiento de su situación económica, capacidad para tomar decisiones de contenido económico, (cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.). Capacidad para conocer el alcance de: préstamos, donaciones, cualesquiera otros actos de disposición patrimonial. Capacidad para el manejo del dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.
 - 2) Capacidad relacionada con el objeto del procedimiento de modificación de la capacidad y sus consecuencias. Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros y capacidad para realizar disposiciones testamentarias.

3) Capacidad para la conducción de vehículos u otras actividades que requieran autorización administrativa.

D) En caso alguno podrán alterarse o anularse los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención.

1. 3. 2. Del ejercicio de la capacidad jurídica. Mecanismos de apoyo y salvaguardias

El ejercicio de la capacidad jurídica y la determinación puntual de los mecanismos de apoyo y salvaguardias, requiere las consideraciones siguientes.

A) De los mecanismos de apoyo previstos en el Art. 12. 3. de la Convención

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello, los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de su capacidad jurídica y establecer las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo (Art. 12.4).

En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, (Preámbulo x), que es especialmente preferido como se desprende también del Art. 23. 4 y 5, hasta el sistema de “apoyo asistencial” en sus diversas áreas: asistente personal, económico, y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente. Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas y se deberán tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

También contemplaría la posibilidad de una “asistencia institucional”, necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse sólo ocasionalmente o de forma continua.

En el caso de las decisiones con apoyo, la presunción es siempre a favor de la persona con discapacidad que será la afectada por la decisión. La persona discapacitada es la que toma la decisión. La persona o personas de apoyo explican las cuestiones, cuando sea necesario, e interpretan las señales y preferencias de la persona discapacitada. Aun cuando una persona que tenga una discapacidad necesite “un apoyo más intenso”, la persona o personas de apoyo deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos.

Estos mecanismos se inician únicamente cuando una autoridad u órgano Judicial competente determina que una persona necesita un apoyo intenso para ejercer su capacidad jurídica, y el párrafo 4 del artículo 12, exige la instauración de salvaguardias para protegerle contra el abuso de esos mecanismos.

El apoyo, que parte de las capacidades concurrentes en la persona, debe adoptarse “de menos a más”, para complementarlas y hacerlas accesibles a las concretas necesidades reales, impidiendo toda generalización que implique sustitución o representación de la capacidad de decisión.

Siguiendo el ejemplo clásico de que los mecanismos de apoyo deben reflejarse en la resolución judicial que los acuerda, como “un traje a medida”, el Art.12, propugna, que se deben hacer “todos los trajes a medida que se necesiten”, por eso la Convención ni enumera ni acota las clases o formas de apoyo, pero si impide, los sistemas de tutela clásicos. Sólo recuerda en el Preámbulo j), que deben protegerse los “derechos humanos de las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”.

Por ello, la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades: Apoyos en las decisiones personales, en las

decisiones patrimoniales, (Art. 12. 5), sociales, trabajo, salud, vida independiente, mantenimiento del nivel de vida, y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a “nuevas formas” nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse.

Entre estas destacaremos aquellas que se constituyen y organizan en torno a “una red de apoyo de personas de confianza”.

Así, quienes apoyen a una persona pueden comunicar las intenciones de ésta a otras personas o ayudarle a comprender las opciones que existen.

Pueden también ayudar a otros a que comprendan que una persona con discapacidad grave es también una persona con sus propios antecedentes, intereses y objetivos en la vida, y es alguien capaz de ejercer su capacidad jurídica.

Esto establece una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores/amigos, en que el custodio o tutor posee facultades autorizadas por los tribunales para tomar decisiones en nombre de la persona discapacitada sin que tenga que demostrar necesariamente que esas decisiones son tomadas en el superior interés de aquella o de acuerdo con sus deseos.

La provincia de la Columbia Británica en el Canadá es una de las jurisdicciones más avanzadas en la incorporación de la toma de decisiones con apoyo en la legislación, la normativa y la práctica.

Toda persona con discapacidad puede concertar un “acuerdo de representación” con una red de apoyo.

El acuerdo es una señal que indica a otros, como médicos, instituciones financieras y proveedores de servicios, que la persona ha otorgado a la red la necesaria potestad para ayudarla a tomar decisiones y representarla en ciertos asuntos.

Una de las principales innovaciones en la legislación consiste en que las personas con discapacidad más grave pueden concertar acuerdos de representación con una red de apoyo simplemente demostrando “confianza” en las personas de apoyo designadas.

Para concertar ese acuerdo no es preciso que la persona con discapacidad demuestre tener competencia jurídica de acuerdo con los criterios ordinarios, basta haber demostrado la capacidad de comprender la información pertinente, darse cuenta de las consecuencias, actuar voluntariamente y comunicar una decisión con independencia.

Varias personas y redes de apoyo han concertado acuerdos de representación como alternativa a la tutoría u otras formas de toma de decisiones sustitutiva.

El Centro de Recursos para Acuerdos de Representación (*Representation Agreement Resource Centre*), organización basada en la comunidad, ayuda a crear y mantener redes de apoyo ofreciendo información, publicaciones, seminarios y asesoramiento. También supervisa un registro, en el que una red de apoyo puede inscribir un acuerdo para que terceros lo examinen si es necesario antes de celebrar un contrato con la persona con discapacidad.

Los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad, son competencia de la legislación interna.

En nuestro derecho interno, la tutela, que determina la “sustitución” de la persona con discapacidad por otro, que pasa a actuar como su representante legal, difícilmente tiene encaje en la Convención, pues incluso aceptándola con carácter residual, y adoptándose específicamente para supuestos en que la toma de decisión de una persona con discapacidad, impida que se pueda conocer su voluntad, solo en el ámbito patrimonial podría operar.

En este sentido conviene recordar que en algunas comunidades autónomas, se están considerando figuras de apoyo asistencial, como en el Anteproyecto de Ley del Libro II del C. Civil de Cataluña, donde se regulan figuras de Asistencia personal, y administración de bienes, entre otros.

B) De las salvaguardias (Art. 12.4)

Cobra también el mayor interés, el estudio de las salvaguardias que se determinan para garantizar que en el procedimiento de mo-

dificación de la capacidad y la determinación de los apoyos, se realice desde el respeto a la dignidad de la persona, en condiciones de plena igualdad de todos sus derechos humanos y en todos los ámbitos: civil, social, patrimonial, político y cultural, a fin de asegurarle en su exclusivo interés, un sistema de apoyos que le proporcione una eficaz protección en todos los aspectos de su vida diaria y de futuro.

Para lograr estos objetivos se deberán tener en cuenta:

- *“Que sean adoptadas, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”*. La autoridad u órgano judicial garantiza adecuadamente la tutela judicial efectiva, junto al derecho de “acceso a la justicia” previsto en el Art. 13.
- *“Que se adopten salvaguardias relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona”*,
- *“Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, para preservarle de elementos que interfieran en su capacidad de decisión”*.
- *“Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”*,
- *“Que serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*.

Salvaguardias que implican, no sólo que la persona debe ser oída y examinada por la autoridad judicial en el marco del proceso de modificación o adecuación de su capacidad, sino en aquellos otros supuestos en que sus derechos garantizados por la Convención pudieren verse limitados o anulados.

También exige la necesidad de indagar cual es el verdadero “interés” de la persona con discapacidad para procurarle la máxima autonomía.

- “*Que garanticen la igualdad en los asuntos patrimoniales*”. El Art. 12.5 de la Convención, a modo de ejemplo enumera actividades patrimoniales de indudable actualidad.
- “*Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos*”.

Consecuencia directa del carácter “dinámico del concepto de discapacidad”, tanto en relación a las personas, como de los apoyos, se hace necesario revisar periódicamente su estado y condiciones de futuro para evitar situaciones de abandono crónico que cercenen su real incorporación a la sociedad o alcanzar el adecuado nivel de vida independiente que pudiera corresponderles.

2. A modo de conclusión

La aplicación del Art. 12 la Convención supone un desafío para nuestro sistema, pues no solo afecta a los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar y a las consecuencias que su unificación representa, sino que incide de lleno en el proceso especial de “Modificación de la capacidad”, y fundamentalmente en la incorporación del “modelo de apoyos”, que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional.

Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre.

Soluciones que se fundamentarán en los principios de la Convención y que determinarán que lo que justifique tomar la decisión en nombre de la persona sea una situación determinada, y nunca su discapacidad.

El nuevo modelo de medidas de apoyo que tendrá carácter judicial (lo que implica la necesidad de establecer una formación es-

pecífica en esta materia, basada en la especialidad, Art. 13, 2.), supone que las medidas de apoyo se acuerden atendiendo a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada, dando prevalencia a su autonomía de la voluntad, y previendo aquellas medidas de apoyo necesarias conformes al interés de la persona con discapacidad.

El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la incapacitación por otras medidas basadas en el modelo de apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales, en los que coexistirán ambas instituciones (incapacitación y las nuevas medidas), hasta que tenga lugar la nueva reforma legislativa que cumpla los fines de la Convención.

Mientras tanto, la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parece la institución más idónea.

De un lado porque ofrece al juez el mecanismo más eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar. De otro, porque la curatela ofrece un marco graduable y abierto, en función de las necesidades y las circunstancias de apoyo en la toma de decisiones. Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta.

Reparar en todo caso, que pese a que esta configuración solo puede ser provisional, y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, por otra parte ya anunciada en la “Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación

del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria”.

Con esta finalidad se dispone en la DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA la “Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar”.

“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

VI. ANEXO. INFORME ANUAL DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS E INFORMES DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO Y DEL SECRETARIO GENERAL.

Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 26 de enero de 2009.

Resumen referido a los temas antes tratados

Definición de discapacidad

35. La Convención contempla la situación de las personas que encuentran obstáculos para participar en todos los ámbitos de la vida; estos obstáculos están asociados a una deficiencia que tiene por efecto impedir el disfrute de los derechos humanos fundamentales. Al entender la discapacidad como un fenómeno social, la

Convención contempla a personas con una diversa serie de deficiencias (física, sensorial, mental e intelectual) y considera diversos tipos de barreras (legales, físicas, de comportamiento y otras) que las personas con esas deficiencias tienen tal vez que afrontar para el disfrute de sus derechos humanos. Como mínimo, la Convención precisa que entre las personas con discapacidad figuran “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”.

36. Para la aplicación plena y efectiva de la Convención es fundamental que en la definición de discapacidad en las legislaciones nacionales se considere la discapacidad como un fenómeno social. Ello exige que se abandonen las definiciones de carácter médico, articuladas según el tipo de deficiencia, así como las basadas en la noción de actividades de la vida cotidiana, en las que la incapacidad para llevar a cabo esas actividades está asociada a la deficiencia. Asimismo, las leyes nacionales sobre discapacidad deben proteger de manera inequívoca a todas las personas con discapacidad, incluidas las discapacidades intelectuales y mentales.

Reconocimiento de la personalidad jurídica, y de la capacidad jurídica y de obrar

43. Según el artículo 12 de la Convención, los Estados partes reconocerán la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, así como su capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con los demás. Los párrafos 3 y 4 del artículo 12 obligan a los Estados a proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar para ejercer su capacidad jurídica, así como salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos. Debe resaltarse el carácter central de este artículo en la estructura de la Convención y su valor instrumental para el disfrute de otros muchos derechos.

44. El párrafo 1 del artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya reconoce la personalidad jurídica de las personas con discapacidad. Ahora bien, el cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los párrafos 2, 3, 4 y 5 del artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad requiere un examen a fondo de toda la legislación civil y penal que contenga elementos de capacidad jurídica.

45. En el ámbito del derecho civil, las leyes que regulan la incapacitación y la tutela deben ser una esfera prioritaria del examen y la reforma de las leyes. En muchos países la legislación en vigor permite declarar incapaz a una persona por deficiencia mental, intelectual o sensorial y atribuir a un tutor la capacidad jurídica para actuar en su nombre. Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12. Además de derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho, de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12. Esto incluye lo siguiente: el reconocimiento jurídico del derecho de las personas con discapacidad a la autonomía; a disponer de medios alternativos y aumentativos de comunicación; a la adopción de decisiones asistida, entendida como el proceso por el que una persona con discapacidad está habilitada para adoptar y comunicar decisiones con respecto a cuestiones personales o jurídicas; y el establecimiento de normas que precisen las facultades de quienes prestan el apoyo y su responsabilidad.

46. También deben abolirse las normas o leyes que inhabilitan a una persona para desempeñar un cargo o función debido a su discapacidad. Esto incluye las normas que inhabilitan a las personas

con discapacidad para ejercer cargos políticos, formar parte de jurados o testificar.

47. En el ámbito del derecho penal, el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad lleva a suprimir la circunstancia eximente de la responsabilidad penal constituida por la discapacidad mental o intelectual. Por consiguiente, al examinar el elemento subjetivo del delito, se debe prescindir de la discapacidad y atender a la situación concreta del autor. De conformidad con el artículo 13 de la Convención, tal vez sea necesario retocar las normas procesales referidas, tanto a la fase de instrucción como al juicio, y ponerlas en práctica.

VII. BIBLIOGRAFÍA

La situación de multidiscriminación ante el empleo en personas de etnia gitana con discapacidad. Fundación ONCE. CERMI. Madrid, 2008.

El acceso de las personas con discapacidad a las telecomunicaciones y a la sociedad de la información. Informe del Consejo Nacional sobre Discapacidad de los Estados Unidos de América. Diciembre 2006. Ediciones Cinca, CERMI. Madrid, 2.007.

La respuesta judicial ante la enfermedad mental. Estudios de Derecho Judicial nº 92. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2006.

Justicia Gratuita. Informe del Observatorio de la Justicia Gratuita. CGAE-LA LEY. Madrid, 2007.

La Justicia Dato a Dato. Año 2.007. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008.

Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Colección CERMI. Grupo editorial Cinca, Madrid, 2.008.

Guía laboral y de asuntos sociales actualizada a 6 de Junio de 2.007. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2007.

- Guía de la fiscalidad de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas.* Fundación ONCE y Fondo Social Europeo de la Unión Europea. Madrid, 2004
- Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2.007-2.008. Propuesta Cermi.* Ediciones Cinca. Madrid, 2007.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, BARIFFI, Francisco, PALACIOS, Agustina. E.U. Ramón Areces (Coordinadores). *Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad: La Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Fundación Aequitas. 2007.
- CAYO PÉREZ BUENO, Luis. *Mejora de la accesibilidad universal a los entornos. Propuestas normativas del CERMI Estatal.* Luis Cayo Pérez Bueno. CERMI. Madrid, 2.005.
- DELGADO, Manuel, GALLÉN, Carlota (Coordinadores). *Normalidad y límite. Construcción e integración social del Borderline.* Editorial universitaria Ramón Areces. Fundación Aequitas. Madrid, 2006.
- FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco. *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad.* Editorial universitaria Ramón Areces. Fundación Aequitas. Madrid, 2006.
- GANZENMÜLLER, C. y ESCUDERO, J. F. *Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico.* Bosch. Barcelona, 2005.
- JIMÉNEZ LARA, Antonio y ZABARTE MARTÍNEZ DE AGUIRRE, M^a. Eugenia. *La regulación de la prestación sociosanitaria. Propuesta del CERMI.* Ediciones Cinca. Madrid, 2008.
- LIDÓN HERAS, Leonor. *Derechos Humanos y Discapacidad en España. Informe de situación.* Fundación ONCE 2007. Ediciones Cinca, CERMI. Madrid, 2008.
- MARÍN CALERO, Carlos. *La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual.* Editorial universitaria Ramón Areces. Fundación Aequitas. Madrid, 2005.

- MARTÍNEZ MAROTO, Antonio (Coordinador). *Diez temas jurídicos de Portal Mayores*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad (IMSERSO). Madrid, 2006.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco. *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca. Colección CERMI. Madrid, 2007.
- ROVIRA SUEIRO, María E. *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*. Editorial universitaria Ramón Areces. Fundación Aequitas. Madrid, 2005.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, José Gabriel (Coordinador). *Estatuto jurídico de las lenguas de señas en el derecho español. Aproximaciones*. Editorial universitaria Ramón Areces. Fundación Aequitas. Madrid, 2005.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando (Dir.) y LAHERA CORTEZA, Jesús (Coord.). *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*. Biblioteca Nueva. Fundación Francisco Largo Caballero. Fundación Once. Fundación José Ortega y Gasset. Madrid, 2005.