

IGUALDAD Y PERSONAS CON DISCAPACIDAD: RETOS PARA LA PROTECCIÓN EFECTIVA A NIVEL INTERNACIONAL

KIRIAN SEBASTIÁN RIQUELME SALDIVIA
Master en derechos humanos, democracia y justicia internacional
Universidad de Valencia

RESUMEN: Este trabajo examina la protección internacional de las personas con discapacidad desde la óptica de la igualdad.

ABSTRACT: The paper reviews the international protection of disabled persons from the angle of equality.

PALABRAS CLAVE: personas con discapacidad; igualdad; protección internacional.

KEY WORDS: disabled persons; equality; international protection.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO. - 1. Justificación del objeto de estudio. - 2. Metodología utilizada. - II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (PRIMERA PARTE): ÁMBITO UNIVERSAL DE LA ONU. - 1. Instrumentos normativos generales: atención especial a la Declaración Universal de 1948 y a los dos Pactos de 1966. - 2. Instrumentos normativos y de acción sectoriales sobre no discriminación. - 3. Instrumentos normativos específicos: consideración particular de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006. - 4. Mecanismos genéricos de garantías de derechos humanos y su acción a favor de las personas con discapacidad: atención especial al Comité de Derechos Humanos y al Comité DESC. - 5. Mecanismos específicos de garantías de los derechos de las personas con discapacidad: consideración particular del Comité de la ONU establecido en el la Convención de 2006 y del sistema de peticiones individuales. - III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (SEGUNDA PARTE): ÁMBITOS REGIONALES AMERICANO Y EUROPEO. - 1. El sistema europeo de derechos humanos. - 1.1. El Consejo de Europa. - 1.1.1. Instrumentos normativos generales: en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. - 1.1.2. Instrumentos normativos y acciones específicos sobre personas con discapacidad: atención a la labor del Comisario Europeo de Derechos Humano. - 1.1.3. Consideración particular de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales. - 1.2. La Unión Europea. - 1.2.1. Consideración especial de la Carta de los Derechos Fundamentales y otros instrumentos normativos. - 1.2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia. - 2. El sistema interamericano de Derechos Humanos. - 2.1. El Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador y otros instrumentos genéricos sobre derechos humanos. - 2.2. Instrumentos específicos sobre personas con discapacidad de la Organización de Estados Americanos. - 2.3. La actividad de promoción de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos en materia de personas con discapacidad. - IV. IMPACTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO NACIONAL. - 1. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el marco constitucional comparado americano y europeo. - 1.1. Ejemplos de Constituciones latinoamericanas: Chile y los cuatro países de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú). - 1.2. Ejemplos de Constituciones europeas: España y los tres países vecinos (Francia, Italia y Portugal). - 2. Incorporación e impacto constitucionales de los estándares internacionales en el terreno doméstico. - 2.1. El mandato de interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos. - 2.2. El mandato aplicativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su prevalencia sobre las normas nacionales. - V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES. - 1. Conclusiones y propuestas acerca del reconocimiento no discriminatorio de los derechos de las personas con discapacidad, incluida la terminología o el vocabulario. - 2. Conclusiones y propuestas acerca de la garantía no discriminatoria de los derechos de las personas con discapacidad, imbuidas por el principio *favor libertatis* o *pro personae*.

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO Y MÉTODO EMPLEADO.

1. Justificación del objeto de estudio

De entrada, el objeto de estudio, que he rubricado con el título “Igualdad y personas con discapacidad: retos para la protección efectiva a nivel internacional”, viene especialmente justificado por una doble motivación, tanto personal como académica. En cuanto a la primera, no me parece necesario explayarme, más allá de resaltar que mis vivencias personales me erigen en un testigo privilegiado para el abordaje de la temática elegida. En lo que concierne a la vertiente académica, tanto desde los primeros años del Grado de Derecho (especialmente las asignaturas que abordamos con mayor detenimiento los derechos humanos, como fue el caso de “Derecho Constitucional II”), como en el momento presente al cursar las diversas asignaturas y módulos del Master de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional, percibí de manera meridiana que mis inquietudes académicas y mi compromiso personal iban de la mano para dedicarme a estudiar, promover y defender efectivamente los derechos humanos y, en este caso, con mayor ahínco en el terreno de la lucha antidiscriminatoria a favor de las personas con discapacidad.

Desde esta doble perspectiva, pero lógicamente centrándome ahora en la faceta académica, el trabajo se ve impregnado por ese enfoque antidiscriminatorio tanto en lo que atañe al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad como en lo referente a su garantía efectiva, pues es sabido que los derechos valen tanto como las garantías. Y ambos elementos inescindibles (reconocimiento normativo y garantía efectiva, que se hacen realidad en buena medida a través de la tarea interpretativa y jurisprudencial de las instancias correspondientes) se encuentran presentes en los capítulos que integran el trabajo de investigación, incluso el capítulo de conclusiones.

Pues bien, dicho lo anterior, en este primer apartado resulta procedente justificar el objeto de estudio recordando que la tutela antidiscriminatoria sigue estando de actualidad, pese a las evoluciones que hemos ido conociendo en los últimos años, tanto en el terreno de la terminología y del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad, como en el del reconocimiento normativo y en el del desarrollo jurisprudencial.

Así, aunque ese hilo conductor se vaya perfilando a lo largo del estudio, por lo que se refiere a la terminología, bastará de momento asumir lo que ya expusieron en su día los profesores Cardona y Sanjosé: “vamos a hablar de las relaciones entre los derechos humanos y las personas con discapacidad. En este punto es importante hacer referencia a la terminología que utilizamos. Como es sabido, se habla frecuentemente (y veremos que está así recogido en muchos textos internacionales) de ‘incapaces’, ‘deficientes’, ‘retrasados’, ‘impedidos’, ‘minusválidos’ o ‘discapacitados’ como si todos los términos fueran sinónimos y como si lo importante al hablar de ellos fuera esa condición: la de ser impedidos, minusválidos, incapaces, retrasados o deficientes. Esta terminología (por no hacer referencia a otra que utiliza términos despectivos o diminutivos y que preferimos ni siquiera citar), como ya señalara la OMS en 1980, es portadora de una ‘ideología’ subyacente que puede llegar a ser discriminatoria en sí misma. Al sustantivar las situaciones adjetivas de la persona, se termina por identificar a la persona con su adjetivo. Se olvida el sustantivo (persona) y se contempla sólo su condición de discapacitado. Por ello no hablaremos de ‘discapacitados’, sino de ‘personas’. Y, además, no hablaremos de ‘personas discapacitadas’ sino de ‘personas con discapacidad’, pues la discapacidad –como condición– se tiene, pero no se es”¹.

En relación con el enfoque, es evidente que los instrumentos normativos más reciente, en el plano internacional y en el nacional, optan por un modelo inclusivo, que promueve y protege los derechos de las personas con discapacidad en todos los órdenes, incluidas aquellas personas que necesitan apoyos extensos o generalizados, fomenta su participación e inclusión social en igualdad de condiciones con los demás, plena accesibilidad y no discriminación, reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía, independencia individual y la libertad de tomar sus propias decisiones.

Ese es, sin duda, en el plano internacional, el modelo que acoge la Carta Social Europea revisada de 1996 en su nuevo art. 15 (que, además de recoger la clásica apuesta por la no discriminación relacionada con el ámbito laboral y el terreno educativo, introdujo como novedad -con respecto a la Carta Social originaria de 1961- la autonomía y la participación de las personas con discapacidad en la vida de la comunidad), la propia Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU de 2006; o, por poner un ejemplo muy reciente a escala nacional (en este caso, en España), la Ley 3/2018, de 24 de mayo, de protección y apoyo garantizado para personas con discapacidad en Castilla-La Mancha, que va en la línea de la Ley estatal española 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a los avances jurisprudenciales, bastará por el momento, para justiciar asimismo la actualidad de la temática abordada, con mencionar la reciente Sentencia del TEDH dictada en el caso *Enver Şahin c. Turquía* de 30 de enero de 2018, en el que se declara la violación del art. 14 CEDH (igualdad y no discriminación) combinado con el art. 2 del Protocolo nº 1 (derecho a la educación) como consecuencia de las condiciones de falta de accesibilidad a las instalaciones universitarias en las que debía cursar sus estudios.

Con carácter adicional, la justificación del objeto de estudio merece ser completada argumentado la estructura del trabajo, que ha pretendido ser lo más lógica posible partiendo de lo general para descender a lo particular y, en cada caso, teniendo presentes el impacto del

¹ CARDONA LLORENS, J, y SANJOSÉ GIL, A.: “Derechos humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?, en *Los Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor António Augusto Cançado Trindade* (coord. LEAO, Renato Zerbin), tomo V, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 495-496.

debate conceptual en conexión con los desarrollos normativos y los apuntes jurisprudenciales. Desde este punto de vista, el trabajo se estructura en cinco capítulos, a saber, uno introductorio y otro que pone colofón con las conclusiones alcanzadas, constituyendo el bloque central los capítulos segundo, tercero y cuarto.

En efecto, el presente capítulo (primero) pretende justificar, como resulta insoslayable, la delimitación del objeto de estudio, tanto por referencia a las citadas motivaciones personales y académicas que han justificado su elección como en alusión al enfoque metodológico por el que se ha optado y que, en cualquier caso, como se pondrá de manifiesto en el siguiente epígrafe, ha intentado tener presente la imbricación de la norma y la realidad. Todo ello, justamente, sin perder de vista la actualidad del tema, como lo acreditan no solamente las noticias que aparecen constantemente en medios de comunicación sobre progresos y retrocesos en el reconocimiento pleno y sin discriminación de las personas con discapacidad, sino igualmente (como ya se ha avanzado) en el plano normativo y jurisprudencial.

A continuación, el capítulo segundo se ocupa de los estándares internacionales de protección de las personas con discapacidad en el ámbito universal de las Naciones Unidas, partiendo a tal efecto de los instrumentos generales (con atención especial a la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y a los dos Pactos internacionales de 1966), para seguidamente abordar los instrumentos normativos sectoriales sobre no discriminación (de impacto transversal y, por tanto, afectando al tema que nos ocupa) y, finalmente, completar el análisis normativo con los instrumentos específicos en la materia (con lógico análisis detallado de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006).

Por supuesto, ese análisis normativo no puede dejar de lado el examen de los desarrollos jurisprudenciales principales, que se concentra -como también es lógico-, por una parte, en el Comité de Derechos Humanos del Pacto de derechos civiles y políticos y en el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del otro Pacto de 1966 (como mecanismos genéricos de garantías de derechos humanos y su acción a favor de las personas con discapacidad, y, por otra parte, en el Comité de la ONU establecido en la Convención de 2006 y su sistema de peticiones individuales como mecanismos específicos de garantías de los derechos de las personas con discapacidad.

El capítulo tercero resulta complementario del precedente, puesto que se centra asimismo en los estándares internacionales de protección de las personas con discapacidad, pero en este caso en el ámbito regional continental o regional y, más precisamente, en los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos. En el caso del sistema europeo, se analizan tanto los instrumentos normativos generales del Consejo de Europa (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Carta Social Europea) y su desarrollo jurisprudencial (a través de las resoluciones básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales, respectivamente), como los instrumentos y acciones específicos de dicha organización europea (compuesta por cuarenta y siete Estados miembros), sin olvidar obviamente las aportaciones de la otra organización básica del “Viejo Continente”, es decir, la Unión Europea, con consideración especial de la Carta de los Derechos Fundamentales y otros instrumentos normativos y las sentencias básicas del Tribunal de Justicia.

En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, la referencia indiscutible viene dada por el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos) y su Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, además de

otros instrumentos específicos que inciden en la lucha contra la discriminación. Y, obviamente, el examen de esos instrumentos normativos no puede prescindir de la actividad de promoción efectuada por la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de personas con discapacidad.

Seguidamente, el capítulo cuarto constituye el último bloque central del trabajo, que se dirige al análisis del impacto de los estándares internacionales en el ámbito nacional. A tal efecto, en coherencia con los dos capítulos precedentes, pone el foco de atención en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el marco constitucional comparado americano y europeo. De manera más precisa, ha parecido pertinente centrarse, de un lado, en ejemplos de Constituciones latinoamericanas, en particular en Chile y los cuatro países de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú) y, de otro lado, en ejemplos de Constituciones europeas: España y los tres países vecinos (Francia, Italia y Portugal). Ello resulta coherente no sólo por razones de selección de áreas geográficas más o menos homogéneas que, por tanto, resultan idóneas para proceder al análisis comparado, sino asimismo por razones personales dada mi doble condición y vivencia chileno-española.

Por lo demás, el capítulo cuarto, se completa con unas reflexiones sobre la incorporación e impacto constitucionales de los estándares internacionales en el terreno doméstico. Y ese ineludible análisis complementario, como resulta asimismo lógico, atiente tanto al mandato de interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos como al mandato aplicativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su prevalencia sobre las normas nacionales.

Por último, el capítulo quinto se dedica a las conclusiones y propuestas finales. Unas y otras, en congruencia con la temática propuesta del trabajo se desglosan básicamente en dos vertientes: con arreglo a la primera, se pretenden avanzar aportaciones acerca del reconocimiento no discriminatorio de los derechos de las personas con discapacidad, incluida la terminología o el vocabulario, sobre la que se ha anticipado alguna pequeña disquisición en este primer capítulo; de acuerdo con la segunda vertiente, se intenta aportar conclusiones y propuestas en torno a la garantía no discriminatoria de los derechos de las personas con discapacidad, imbuidas por el principio *favor libertatis* o *pro personae*.

Se pone colofón al trabajo, en último término, de conformidad con las exigencias metodológicas de la investigación, con el anexo bibliográfico correspondiente

2. Metodología utilizada.

Delimitada en el epígrafe anterior la temática objeto de estudio y la actualidad de ella, procede consecuentemente introducir unas pinceladas sobre el método empleado. Más concretamente, desde el punto de vista metodológico es éste un trabajo que, como investigación, combina aspectos de tipo exploratorio, descriptivo y explicativo, toda vez que además de pretender dar una visión general de tipo aproximativo del problema planteado (esto es, la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad), se centra en los retos para la protección efectiva a nivel internacional prestando al tiempo atención a las características esenciales de los elementos que en él se encuentran involucrados en el ámbito

nacional, es decir, no sólo las normas constitucionales, sino asimismo “realidad constitucional”².

Se pretende así determinar de dónde parte y hasta dónde llega la discriminación padecida por las personas con discapacidad en la norma y en la realidad. Todo ello con objeto de comprender la naturaleza del problema y, en consecuencia, extraer las conclusiones correspondientes y formular las correcciones y mejoras pertinentes, que se concretan en el capítulo final.

Desde la perspectiva reseñada, los retos internacionales planteados en el presente trabajo aparecen imbricados con la “apuesta constitucional”. En particular, el método empleado parte entonces de la necesaria relación e interdependencia entre la norma jurídica y la realidad fáctica, pues: “La explicación de las cuestiones constitucionales ha de ser una explicación jurídica, lo cual no es óbice para emplear conocimientos auxiliares procedentes de otras disciplinas científicas afines y no necesariamente jurídicas, en especial, los conocimientos políticos, filosóficos, sociológicos y económicos, procurando, eso sí, una información selectiva. [...] si bien el Derecho Constitucional no puede prescindir del aspecto total de la Constitución, ha de hacerlo *sub specie iuris*, es decir, los aspectos extrajurídicos le interesan en la medida en que, en virtud de esas conexiones necesarias que hacen de la Constitución una totalidad, sean interesantes para el aspecto jurídico de la Constitución”³.

Coherentemente, en lo relativo a las fuentes utilizadas, se ha consultado la doctrina clásica y reciente en materia de teoría internacional y constitucional, así como, lógicamente, aquellos trabajos doctrinales relacionados específicamente con los derechos de las personas con discapacidad. Al mismo tiempo, se ha partido del marco normativo y jurisprudencial que afecta directamente, en los planos internacional y nacional, a dichas personas. Por supuesto, el marco constitucional comparado que se analiza específicamente en el capítulo cuarto, sirve de cobertura a los dos capítulos centrales relativos al marco internacional (universal en el capítulo segundo y regional en el cuarto), puesto que las cláusulas constitucionales de apertura internacional constituyen una necesidad y una realidad.

Ciertamente, en temáticas como la elegida, se impone hacerse eco de esas cláusulas constitucionales de apertura al conocido como “Derecho internacional de los derechos humanos” (tanto universal como comparado entre sistemas regionales) en el marco de un movimiento ineludible de *internacionalización del Derecho constitucional*⁴ o, correlativamente, de *constitucionalización del Derecho internacional*⁵. Adicionalmente, esa comparación se realiza

² Con tal espíritu, observó DE VEGA GARCÍA, P.: “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 1, 1998, p. 84: “La historia del Estado Constitucional es precisamente la historia de las transformaciones de esos valores, principios y exigencias que, definidos y explicitados previamente en la realidad social, se integran luego en la normativa constitucional. Lo que equivale a decir que no son los cambios de la legalidad los que provocan las transformaciones sociales y políticas de los pueblos, sino que son las transformaciones operadas en la realidad las que determinaron siempre las grandes revisiones de la legalidad”.

³ GARCÍA PELAYO, M.: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 102.

⁴ Semejante enfoque en FLAUSS, J. F.: “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/BerlinerWissenschafts/Bruylant, 2004.

⁵ Así lo entiende ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005, p. 145: “desde el ámbito de los Estados es todavía mucho lo que queda por hacer para reforzar la vinculación de los textos internacionales, todo ello en la línea de la necesaria *constitucionalización del Derecho internacional*: por ejemplo, abriendo vías de apertura del catálogo de los derechos fundamentales hacia los derechos humanos, fomentando una interpretación integrada de los derechos fundamentales, tendente a las determinaciones del contenido propias de las formulaciones internacionales generosas, estableciendo

asimismo en el terreno constitucional nacional, que se revela útil para extraer consecuencias en clave no discriminatoria con respecto a las personas con discapacidad⁶.

En esta línea, desde la perspectiva metodológica, se tendrá presente especialmente el que se ha dado en llamar el método constitucional supranacional o vertical (capítulos segundo y tercero), como inseparable del método constitucional comparado u horizontal⁷. Con tales parámetros, la doctrina española y extranjera dan por sentado el carácter indivisible y fundamental de todos los derechos humanos y, por ende, el disfrute no discriminatorio tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos sociales que afectan a las personas con discapacidad; por consiguiente, debe quedar claro que incluso estos últimos derechos no son ajenos a la dogmática de los derechos fundamentales y a su defensa o articulación jurídicas⁸.

Por último, para cerrar este capítulo introductorio con relación a la justificación metodológica, cabe añadir que la apuesta antidiscriminatoria lleva lógicamente a poner el énfasis en la igualdad, lo cual no significa indudablemente que se tengan en mente de manera interrelacionada los demás valores, principios y fundamentos (libertad y autonomía, solidaridad, dignidad humana) caracterizadores del Estado social y democrático de Derecho y que, en definitiva, constituyen al tiempo elementos axiológicos de orden internacional.

En tal sentido, se ha podido observar que, al enunciarse la triple divisa revolucionaria francesa (libertad, igualdad, fraternidad) por este orden, establece una socialidad creciente, sugiriéndose que la fraternidad puede ser la solución de los conflictos entre la libertad y la igualdad⁹. Así pues, ese enfoque evolutivo permite superar el lema liberal de inacción “primero la libertad” (con exclusión de la igualdad), así como la reacción expresada mediante la consigna marxista “primero la igualdad” (con exclusión de la libertad), para efectuar una apuesta conciliadora en clave de “primero la fraternidad”. Ésta, la fraternidad, presentaría como principio prioritario una ventaja puramente lógica sobre los otros dos, puesto que

mecanismos internos de ejecución de las resoluciones internacionales o abriendo vías de control judicial de los delitos contra la humanidad, cometidos fuera de las fronteras del propio Estado”.

⁶ Esa utilidad del método comparado, más allá de la mera yuxtaposición de ordenamientos, es subrayada por LANCHESTER, F: “El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, nº 4, 1993, pp. 5-35.

⁷ Constantinesco diferencia esos dos métodos en el ámbito europeo: “El primero, es el tema “horizontal”: ¿de la confrontación y de la comparación entre las constituciones europeas -y ahora ya no se trata solamente de una docena de constituciones, sino de una treintena!- puede nacer un modelo constitucional europeo?. El segundo es el tema “vertical”: un cierto número de instrumentos internacionales y de organizaciones internacionales desarrollan, en su crecimiento, influencias (que a veces se convierten en interacciones) sobre las constituciones nacionales hasta el punto de querer rivalizar con ellas poniendo término a lo que podría denominarse la exclusividad constitucional de los Estados”. CONSTANTINESCO, V.: “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, nº 8, 1994, p. 9.

⁸ En la doctrina española, se ha advertido que nada hay en la estructura de los derechos sociales o de prestación que impida considerarlos auténticos derechos: ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, cit., 2005, pp. 58 y ss. En la doctrina extranjera, lo han puesto de manifiesto asimismo, entre otros, ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 20; ALIPRANTIS, N.: “Les droits sociaux sont justiciables!”, *Droit social*, nº 2, 2006, y lo ha ilustrado de modo concreto ROMAN, D. “L’universalité des droits sociaux à travers l’exemple du droit à la protection sociale”, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nº 7, 2009, p. 131: “la garantía jurídica de los derechos sociales puede jurídicamente ser concebida con el mismo grado de efectividad y de universalidad que los derechos civiles. La batería de tests utilizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité Europeo de Derechos Sociales así lo atestiguan”.

⁹ JIMENA QUESADA, L.: “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), nº 20, 2017, pp. 1-33.

desdibuja las fronteras y los choques entre las preferentes libertades y las excluyentes razones igualitarias, además de relativizar las diversas y sesgadas *teorías de la justicia*¹⁰. Lo que se persigue, en última instancia, es reflexionar sobre las coordenadas que deben propiciar que se forje un auténtico marco internacional y un verdadero “sentimiento constitucional”¹¹ respetuoso con un marco antidiscriminatorio que dé pie para que la discapacidad no sea óbice en modo alguno de la plena ciudadanía.

II. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (PRIMERA PARTE): ÁMBITO UNIVERSAL DE LA ONU.

En primer lugar, y tal como hemos precisado en el capítulo introductorio, se hace necesario comenzar por examinar una institución que hoy, a nivel internacional, se erige como el garante de los Derechos Humanos, siendo la base sobre la que se sustentan todos los principios esenciales que rigen a la Comunidad Internacional: La Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Para realizar un análisis lo más pormenorizado posible del papel que ha desempeñado la ONU en la defensa, garantía y promoción de los derechos de las personas con discapacidad, procederemos a examinar su labor desde un prisma más amplio, para llegar, finalmente, a un estudio más específico tanto normativo como institucional. De esta manera, sabremos si los esfuerzos de la ONU en materia de la protección y garantía de los derechos de este colectivo ha sido o no efectivo y, hasta la fecha, suficiente para alcanzar dicho objetivo.

1. Instrumentos normativos generales: atención especial a la Declaración Universal de 1948 y a los dos Pactos de 1966.

Resulta imposible hablar de la ONU y su labor como institución internacional garante y protectora de los Derechos Humanos, sin pensar también en los tres textos que, desde sus inicios, se han alzado como las tres columnas que sujetan todo el esqueleto que poco a poco se ha ido configurando en aras de dar forma y ayudar al cumplimiento de su misión, siendo estos el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y, por último, aunque en realidad es la columna vertebral de todo el sistema internacional –tal como lo conocemos hoy– desde su nacimiento en 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

A) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948):

¹⁰ *Ibidem*, p. 640.

¹¹ Como ha advertido LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución en la encrucijada*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994, p. 126: “la Constitución es, sin duda, una norma y como norma ha de ser aplicada e interpretada pero no es una norma como la Ley Hipotecaria o la de Arrendamientos Urbanos porque atiende a otro tipo de intereses. Al poder, a los conflictos de poder, a los valores que el poder ha de realizar, al proceso de integración política sobre todo ... Si la Constitución es capaz de normar el proceso político es porque es capaz de integrar el cuerpo político y, en esta perspectiva, las instituciones, los valores y el sentimiento constitucional...”.

Desde luego, tal como hemos mencionado *supra*, la DUDH es la base sobre la cual se ha venido a desplegar todo el sistema internacional de Derechos Humanos, sus instrumentos de protección y garantía, los órganos custodios de tal desempeño, sirviendo, así mismo, como una lupa bajo la cual revisar que todo el ordenamiento jurídico que de su luz emana, se ajuste a los principios y valores en ella proclamados¹².

Por su parte, los otros dos documentos, el PIDCP y el PDESC –ambos aprobados en 1966–, vienen a reforzar y afianzar, precisamente, esa labor crucial y elemental del *alma mater* de los Derechos Humanos, a través de directrices todavía más concretas que marcan la transición del *soft-law* o Derecho programático al *hard-law* o Derecho vinculante –cada uno en sus respectivos ámbitos– y que no vienen más que a dotar de más concreción a dichos principios y valores; resulta innegable, por tanto, que las personas con discapacidad, tal vez no de un modo expreso ni directo, están reflejadas e incluidas en tales preceptos.

En primer lugar, en la DUDH hallamos una proclamación del básico principio de igualdad plasmado en su artículo 1, pero también en su artículo 7, el cual reza de forma sucinta: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Como hemos dicho, quizás en este precepto no se especifique expresamente a las personas con discapacidad, las cuales, no obstante, quedan incluidas dentro del pronombre “todos” y como consecuencia de ello, están protegidas frente a “toda discriminación que infrinja esta Declaración”.

Sin embargo el mencionado precepto no es el único que podemos vincular con la materia que nos ocupa, pues existe otro en la DUDH que posee una especificidad todavía mayor; nos referimos al artículo 25, cuyo primer párrafo menciona expresamente a la “invalidez” como una circunstancia susceptible de protección –incluida entre el desempleo, la enfermedad, la vejez, etc.–, superando en consecuencia el umbral tan interpretativo del artículo 7¹³: Es indudable que la protección que brinda a la “invalidez” –sin detenernos en el empleo del término quizás en exceso inapropiado para un instrumento de estas características– es un mandato claro y conciso, que reviste un carácter absoluto y que persigue, como carta magna de los Derechos Humanos que es, garantizar un bienestar igual para todos, sean las circunstancias que sean las que tengan las personas que bajo su luz se amparan y obligando a los Estados a proporcionar los medios necesarios para cumplir con este mandato, tal vez a través de una declaración más espiritual que instrumental, pero que resulta suficiente para el fin perseguido: La erradicación de la desigualdad. Y, ello, en última instancia, con un claro reclamo o una interpelación a lo que ulteriormente se ha plasmado en la jurisprudencia (tanto a escala nacional como nacional) sobre las obligaciones positivas que

¹² Tal como señala el profesor SÁIZ ARNÁIZ, A.: “El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos”, 2004 (<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19170/FCI-2004-7-saiz.pdf?sequence=1>), si bien es cierto que la DUDH, al ser aprobada por medio de resolución carece de fuerza vinculante, e incluso sostiene que hay autores que la dejan fuera del Derecho Internacional Consuetudinario, no es menos cierto que el espíritu cumplidor de los Estados proviene de una epifanía emanada de los principios y valores que se pretendieron cristalizar al redactarla, inherentes a todo ser humano y por tanto de obligado cumplimiento.

¹³ El mencionado artículo 25.1 reza: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

pesan sobre las autoridades públicas, incluido el mandato de procurar una igualdad real, efectiva, sustancial o material para todas las personas.

B) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966):

En segundo lugar, y en lo que respecta al PIDCP, quizás la redacción de sus artículos resulte aún más interpretativa, lo que en cualquier caso no da margen de error a la intención perseguida en el Pacto Internacional. Así, y en primer término, nos encontramos con su artículo 2, que en su párrafo uno realiza una declaración abierta en contra de todo tipo de discriminación que impida el libre ejercicio de los diferentes derechos que en ella se desarrollan, realizando para ello una enumeración de distintas circunstancias que no pueden ser impedimento para garantizar el disfrute de las garantías y libertades que proporciona el texto¹⁴.

Seguidamente, no hay que ir demasiado lejos para encontrarnos con una declaración todavía más clara y concisa; en particular, el artículo 3 del PIDCP preceptúa que: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

Es indudable que, tal como hemos indicado, los preceptos requieren de un análisis interpretativo para el caso que nos ocupa, ya que no hay mención expresa a las personas con discapacidad; no obstante, la mención de “o cualquier otra condición social” del artículo 2.1 perfectamente puede incluir a aquellas circunstancias personales como la discapacidad, dado que no se puede negar que una invalidez supone una “condición social” que puede ser objeto de discriminación tal como sucede con la raza, el sexo u otras mencionadas en el precepto.

Y el mismo criterio es susceptible de ser aplicado para el segundo artículo mencionado, el cual sólo menciona a “hombres y mujeres”, pero quedando implícito que el imperativo de igualdad que se proclama va dirigido a “todos”, y por tanto nuevamente las personas objeto de nuestro estudio quedan resguardadas por su luz.

C) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966):

En tercer lugar, aunque no por ello menos importante, en lo referido al PIDESC, y sucediendo algo similar –aunque no idéntico– a lo ocurrido en los documentos revisados anteriormente, encontramos un artículo que, si bien no hace mención expresa a las personas con discapacidad, sí que hace referencia a una cuestión estrechamente vinculada con estas: la salud.

En concreto, el artículo 12, en su primer párrafo, señala: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

¹⁴ Textualmente el precepto estipula que: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

física y mental”. Podríamos decir que aquí el interés de la norma, y tomando sólo el tema que nos ocupa como base, no es ya tanto la protección de la igualdad y la no discriminación, sino la prevención y la garantía de una salud plena.

A este respecto, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su informe titulado “World Report Disability EasyRead” (2011)¹⁵ establece una relación entre una salud deficiente y la generación de discapacidades, lo que implica que mediante la protección del derecho a una salud plena, garantizando unas condiciones y un entorno adecuado para prevenir todo tipo de enfermedades o circunstancias insalubres que pueden derivar en una discapacidad –física, sensorial o psíquica– se está realizando un esfuerzo de precaución frente a dolencias y, por tanto, lo que con este precepto se persigue es, siguiendo esta línea de interpretación, una prevención de posibles discapacidades derivadas de una mala salud, de una lamentable condición física o ineficientes condiciones higiénicas, idea que viene reforzada por el segundo párrafo del mismo precepto, el cual señala una serie de medidas a tomar para lograr este objetivo.

Sin embargo, y al igual que sucedía con la norma anterior, el PIDCP, que en su articulado contaba con un precepto de protección genérica, en el PIDESC ocurre exactamente lo mismo, siendo su artículo dos, párrafo segundo, el que prohíbe expresamente cualquier tipo de discriminación, aunque para ello haya de realizarse la misma interpretación que formulamos *supra*.

En relación con este instrumento, es de destacar la Observación General 20, aprobada en mayo de 2009 durante el 42º Periodo de Sesiones¹⁶. Sobre esta Observación, es menester incidir en que se realiza la misma interpretación que hemos hecho antes, es decir, que si bien no se menciona expresamente a las personas con discapacidad, estas quedan incluidas implícitamente según la interpretación, algo que queda claro en el párrafo 6 de la Observación general¹⁷.

2. Instrumentos normativos y de acción sectoriales sobre no discriminación.

En materia de no discriminación por razón de discapacidad, o expresado de un modo positivo, de cara a garantizar la integración de todas las personas con discapacidad, –dejando a un lado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 y todo lo que lleva aparejada, que será objeto de análisis específico y detallado más adelante–, son dos los principales instrumentos específicos en este ámbito: Por un lado, el Programa de Acción Mundial para las Personas con discapacidad y, por otro, las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad.

¹⁵ Enlace: http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/easyread.pdf (última visita 30 de junio de 2018).

¹⁶ Hay que recordar que las observaciones generales son interpretaciones autorizadas y no vinculantes del PIDESC que realiza el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU; no obstante lo anterior, es también cierto que los Estados tienen muy en cuenta estas interpretaciones y siguen el sendero marcado por ellas.

¹⁷ En concreto, se señala que: “En anteriores observaciones generales el Comité examinó la aplicación del principio de la no discriminación a los derechos concretos reconocidos en el Pacto en relación con la vivienda, la alimentación, la educación, la salud, el agua, los derechos de autor, el trabajo y la seguridad Social”, indicándose más adelante la Observación General número 5 de 1994, titulada “Las Personas con discapacidad”.

Respecto del Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (en adelante PAMPD), aprobado por la Asamblea General el 3 de diciembre de 1982 (mediante la Resolución 37/521), cabe señalar su espíritu integrador, que tiene por finalidad primordial garantizar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad a través de tres capítulos que revisan definiciones, conceptos y principios aparejados a las personas con discapacidad, los cuales no tienen otro objetivo que el de trazar las líneas de trabajo de los Estados de cara a la inclusión de este colectivo, garantizando su participación en todos los ámbitos sociales en igualdad de condiciones, así como la subsanación de todas las deficiencias medioambientales, económicas, sociales, higiénicas, etc., que puedan traer consigo potenciales peligros para la salud que puedan derivar en discapacidades futuras en la población (cumpliendo así con lo que mencionamos *supra*, en el análisis del artículo 12 del PIDESC), asumiéndose, por tanto, una obligación de prevención, que junto a la integración y la rehabilitación, forman el triángulo que da sentido al PAMPD¹⁸.

Por otro lado, y tal como hemos dicho, encontramos las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (NUIOPD), aprobadas por la Asamblea General el 20 de diciembre de 1993, mediante la Resolución 48/96, y si bien es cierto que no se trata de una norma jurídicamente vinculante¹⁹, no es menos cierto que suponen la cristalización efectiva del interés de los gobiernos por fomentar y garantizar la integración y la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, un compromiso que no viene más que a reforzar los valores y principios proclamados en la DUDH²⁰.

Concretamente, a través de veintidós directrices se viene a resumir el esfuerzo del PAMPD explicado *supra*, dividiéndose en cuatro capítulos: Uno dedicado a los requisitos para la igualdad de participación, otro consagrado a las esferas previstas para tal fin, y otros dos que abordan, por un lado, los medios de ejecución, y por otro, el mecanismo de supervisión²¹.

En este ámbito de especificidad de normas universales, resulta interesante mencionar algunas normas que, en sectores y materia concretas, se ocupan de las personas con discapacidad. De esta forma, encontramos el Convenio núm. 159 de la OIT que se titula “Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas”, que está vigente desde el 20 de junio de 1983, y que tiene por finalidad asegurar una plena inclusión de las personas con discapacidad (mal llamadas personas “inválidas” en el texto) en el ámbito laboral, impulsando que los Estados lleven a cabo políticas con ese objetivo (artículo 1.2), y de la misma Organización, el Convenio núm. 111 relativo a la “la discriminación (empleo y ocupación)”, que entró en vigor el 15 de junio de 1960, y aunque no trate expresamente la materia de la

¹⁸ En los objetivos del PAMPD se indica textualmente que: “El propósito del Programa de Acción Mundial para los Impedidos es promover medidas eficaces para la prevención de la incapacidad, la rehabilitación y la realización de los objetivos de "participación plena" de los impedidos en la vida social y el desarrollo y de "igualdad".”

¹⁹ Pese a que no sean vinculantes, en el párrafo 14 se indica que: “Aunque no son de cumplimiento obligatorio, estas Normas pueden convertirse en normas internacionales consuetudinarias cuando las aplique un gran número de Estados con la intención de respetar una norma de derecho internacional”.

²⁰ En el párrafo 15 de las NUIOPD se indica el objetivo que se persigue con ellas, que no es otro que “garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás”.

²¹ Es quizás interesante señalar tal como hemos mencionado antes, que el 9 de diciembre de 1994, un año después de la aprobación de esta Resolución, se formula la Observación General número 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mencionada antes en relación con la Observación General número 20.

discapacidad, sí que ofrece una cobertura muy amplia del principio de no discriminación en el ámbito laboral.

Y, como segundo ejemplo, podemos citar el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual está dedicado exclusivamente a los niños con discapacidad; mención especial, crítica, merece el adjetivo “impedidos” del cual se sirve la Convención para referirse a este colectivo.

Finalmente, y encuadrada dentro del Decenio de las Personas con Discapacidad, encontramos la Resolución 47/3 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de octubre de 1992, por la cual se estableció el 3 de diciembre como día internacional de las personas con discapacidad. Tal vez no sea una norma propiamente dicha como las que han sido nuestro objeto de análisis, pero sí que constituye una iniciativa universal que pone de relieve el interés de la ONU en la sensibilización e integración de este colectivo a escala universal. Y, no olvidemos, que a fin de cuentas la difusión y la sensibilización genera una cultura de derechos humanos que constituye la mejor garantía, preventiva, de ellos.

3. Instrumentos normativos específicos: consideración particular de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo de 2006.

Tal como hemos mencionado antes, además de los dos instrumentos analizados específicamente en el ámbito de las personas con discapacidad, en el año 2006, y dentro de los fines perseguidos por el PAMPD, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como su Protocolo Facultativo, los cuales serán objeto de revisión en el presente apartado.

Ahora bien, y antes de entrar en materia, sería importante resaltar el carácter trascendental que reviste la Convención y su Protocolo, y ya no sólo por el colectivo que acoge bajo su sombra, sino porque, en primer lugar, se trata del primer instrumento de Derechos Humanos del siglo XXI, así como el primero que incluía en sus firmas a organizaciones regionales de integración, tales como la Unión Europea. Y, en segundo lugar, siendo quizás el dato más llamativo, y que no hace más que poner de manifiesto el compromiso de los Estados en este ámbito, es que cuando en 2007 tanto la Convención como su Protocolo Facultativo quedaron abiertos a firma, ochenta y dos signatarios firmaron la primera, obteniendo también una ratificación, y cuarenta y cuatro el segundo; según ha reconocido la ONU, es la primera Convención de la organización que en su día de apertura recibe tantas firmas, lo cual, como hemos señalado, pone de manifiesto el interés de los gobiernos e instituciones regionales por lograr la efectiva integración de las personas con discapacidad.

En primer lugar, y una vez dicho lo anterior, retomando así el hilo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada, tal como hemos señalado, en 2006, ya en su Preámbulo deja más que claro el espíritu integrador que hereda de su génesis –el PAMPD y las NUIOPD– y el ánimo que tiene como instrumento normativo definitivo a nivel internacional para garantizar la no discriminación en materia de discapacidad.

En su artículo 3, señala los principios por los cuales se rige, pudiéndose agrupar aquellos bajo la enseña de los principios de igualdad, dignidad y participación; así mismo, recoge una serie

de obligaciones que deben observar los Estados de cara a garantizar la participación y la igualdad efectiva del colectivo objeto de la Convención, mencionándose, expresamente, en el segundo párrafo del artículo 4, los derechos económicos, sociales y culturales, y en el tercero, aquellos vinculados a los civiles y políticos.

Resulta llamativa y loable la preocupación que en la Convención los Estados muestran de cara a evitar una doble discriminación en materia de desigualdad por razón de sexo y de discapacidad, dedicándole un artículo específico a las mujeres y niñas con discapacidad, de modo que puedan garantizar que aquellas no sufran una doble discriminación, tanto por ser mujeres como por ser discapacitadas; y lo mismo podríamos decir del artículo 8, el cual va dirigido a la protección de los niños y niñas discapacitados, como un colectivo todavía más propenso a la desigualdad y la indefensión.

Resultaría interesante reparar, no obstante, en una consideración cuanto menos llamativa, a saber: Si bien hemos dicho que hay dos artículos que refuerzan la protección para grupos (expresión que utilizamos obvia y lógicamente sin tono potencialmente peyorativo) considerablemente susceptibles de sufrirla –mujeres, niñas y niños–, no es menos cierto que existe un grupo que, aun poseyendo un nivel de potencial vulneración similar o idéntico a los anteriores, queda fuera de una protección específica: Los colectivos que pueden sufrir discriminación por razón de raza y discapacidad. Tal vez debiéramos entenderlo incluido en el artículo 5, el cual proclama abiertamente la “igualdad y la no discriminación”, lo que, en todo caso, resulta a nuestro criterio, insuficiente en un campo tan delicado y necesario de regulación como los dos anteriores.

En segundo lugar, y respecto al Protocolo Facultativo de la Convención, este viene a obligar a los Estados a reconocer la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité), el cual fue creado tras la Convención y el cual tiene por finalidad conocer y dar solución a todas las peticiones que reciba y que tienen por asunto algún tipo de vulneración de derechos que tengan por víctima una persona con discapacidad; así mismo, señala las razones por las cuales el Comité puede desestimar las peticiones recibidas, y el mecanismo que se seguirá cuando sean admitidas.

4. Mecanismos genéricos de garantías de derechos humanos y su acción a favor de las personas con discapacidad: atención especial al Comité de Derechos Humanos y al Comité DESC.

En cuanto a los mecanismos genéricos de la ONU para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, tras la entrada en vigor de la CDPD y de su Protocolo Facultativo, se creó una secretaría conjunta compuesta por personal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, ocupándose cada una de ellas de sendos aspectos relativos a las personas con discapacidad y sus derechos tanto en Europa como en América.

La Secretaría de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (la Secretaría), sita en Nueva York y que está vinculada con el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales (DAES), está situada en la División de Política Social y Desarrollo Social del citado órgano; su labor es la de, entre otras cosas, promover la participación igualitaria de las personas con discapacidad, velar por sus derechos y dignidad y el fomento del acceso de este colectivo a todos los bienes y servicios necesarios para vivir. Así mismo, y

en un ámbito más institucional, actúa como guardia y custodio del cumplimiento de las NUIOPD y del PAMPD, es impulsora de actuaciones y programas relacionados con la discapacidad a nivel nacional, regional e internacional, financiando proyectos y actividades de cooperación.

Por otro lado, en Ginebra, la Secretaría de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, integrada en el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tras la entrada en vigor de la CDPD, se ocupa de una labor más de terreno, actuando allí donde se requiera su presencia, promoviendo la ratificación de la Convención y fomentando las actividades de sensibilización, ejerce una función de liderazgo alentando al Alto Comisionado a promover la sensibilización, la conciencia y el interés en los Derechos Humanos en materia de discapacidad, así como cooperar con todas las organizaciones en el ámbito de la discapacidad.

5. Mecanismos específicos de garantías de los derechos de las personas con discapacidad: consideración particular del Comité de la ONU establecido en la Convención de 2006 y del sistema de peticiones individuales.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (el Comité) es un órgano creado a partir de la CDPD y que inició sus funciones dos años después de la entrada en vigor de la misma. Su función de monitoreo general no es más que la de supervisar el correcto cumplimiento de la CDPD en los Estados y recibir, por conducto del Secretario General de la ONU, informes periódicos de los gobiernos respecto de los proyectos, actividades, políticas, legislación y demás mecanismos y fórmulas de integración de los discapacitados en sus países.

Respecto del sistema de peticiones, este viene preceptuado en el Protocolo Facultativo de la CDPD. Tal como hemos indicado *supra*, estas peticiones pueden ser inadmitidas por: Tratarse de comunicaciones anónimas, ser contrarias a la CDPD, no se hayan agotado las vías internas de resolución (salvo que con ellos se alcance una solución o se prolonguen indefinidamente en el tiempo, lo que comportaría que los recursos internos serían inefectivos o ilusorios), que sea un asunto ya investigado por el Comité o esté siendo investigado por otros órganos internacionales (para no acumular instancias internacionales que potencialmente puedan dar lugar a resoluciones divergentes y, con ello, hacer perder credibilidad al conjunto del sistema), porque no esté bien fundamentada o sea insuficiente, o, finalmente, por haberse producido los hechos antes de la entrada en vigor de la Convención o el Protocolo Facultativo (inadmisión *ratione temporis*).

El procedimiento, si se admite la petición, constará de un intercambio de información y el Estado, quien podrá formular alegaciones y presentar informes al Comité respecto del asunto que se le imputa; así mismo, el Comité puede realizar una visita al país para contrastar por sí mismo tanto lo transmitido en la petición como la respuesta del Estado.

Sin embargo, quizás lo más llamativo del procedimiento, es que en el Protocolo Facultativo en ningún momento se da una nota de obligatoriedad a la decisión que tome el Comité, es decir: Si bien es cierto que el órgano realizará una investigación, que el Estado está obligado a remitirle informes y colaborar en todo cuanto sea preciso de cara a esclarecer la imputación, y que se señalan plazos para el cumplimiento de lo exigido, no es menos cierto que en todo

el documento se utiliza la expresión “se invitará al Estado” y similares, lo que despoja al procedimiento de toda fuerza jurídica.

Ciertamente, frente a esta lectura, cabría aducir que las decisiones del Comité, al ser concreción o manifestación interpretativa auténtica de un tratado internacional, proyectarían las consecuencias de éste a tenor de lo previsto a efectos interpretativos y aplicativos tanto en el orden constitucional de cada país como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, sobre lo que se volverá en los capítulos sucesivos.

III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (SEGUNDA PARTE): ÁMBITOS REGIONALES AMERICANO Y EUROPEO.

En el presente capítulo, nos apartaremos del sistema de protección universal en materia de Derechos Humanos y nos ocuparemos de un ámbito más específico, centrando nuestra atención en dos de los tres sistemas regionales de protección –tal como indica la rúbrica del apartado–, es decir, el sistema europeo –donde abordaremos tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea– y el sistema Interamericano de Derechos Humanos –examinando la labor de la Organización de Estados Americanos en la materia que nos concierne–.

De esta forma, comprobaremos a través de una revisión comparativa de los dos sistemas cómo de efectiva es la protección de los Derechos Humanos de las personas con discapacidad en todos ellos, y si en efecto existe un esfuerzo por parte de las instituciones matrices por cumplir con la integración y la aplicación efectiva del principio de igualdad que, como hemos visto supra, las Naciones Unidas se han esforzado por conseguir a nivel mundial.

De cara al desarrollo de este capítulo, no nos limitaremos a examinar si en ambos sistemas regionales existen normas de protección –bien en sus tratados constitutivos o en convenios y normas específicas en materia de Derechos Humanos y discapacidad–, sino también procederemos a revisar, como órganos garantes de los Derechos Humanos en este ámbito, en qué forma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales (en el Consejo de Europa), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en la UE), y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos humanos (en el sistema americano) protegen y garantizan los derechos de las personas con discapacidad a través de su jurisprudencia, y la interpretación que de la discapacidad realizan en sus fallos.

Nos gustaría dejar constancia que si bien existe un tercer sistema regional de protección que va consolidándose modestamente, el africano, y nos habría gustado examinar su labor en este campo, no hemos podido incorporarlo en el presente trabajo dada la escasa e ineficiente información que de él existe, con fuentes meramente referenciales y un sistema que apenas ha sido desarrollado, de forma que no hemos tenido más opción que centrarnos únicamente en los dos a los cuales hemos hecho referencia, aun cuando ello no fuese lo que en realidad nos hubiese interesado. En cualquier caso, la opción de enfocar el análisis en los sistemas interamericano y europeo queda justificada por las sinergias “occidentales” de ambos en lo que atañe a la concepción de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho.

1. El sistema europeo de derechos humanos.

Tal vez de sea, de todos los sistemas, el más complejo de examinar, y ya no tanto por su estructura –la cual está desprovista de una comisión como sucede en sus homólogos de América y África²², sino por la dualidad del sistema, el cual incluye tanto el Consejo de Europa como la Unión Europea –aunque esta última con un sistema de protección de los derechos humanos más reciente–.

Para hacer más clara la revisión del sistema europeo, dividiremos la exposición en dos bloques: En primer lugar, se examinará el Consejo de Europa, lo que incluye sus normas en materia de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección; y, en segundo lugar, se procederá a revisar del mismo modo a la Unión Europea, aunque no se analizarán sus mecanismos de toma de decisiones (ni normativas, ni los procedimientos y acciones jurisdiccionales), sino únicamente sus normas en materia antidiscriminatoria con respecto a las personas con discapacidad y la labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia.

1.1. El Consejo de Europa

1.1.1. Instrumentos normativos generales: en especial, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea

Cuando pensamos en el Consejo de Europa resulta inevitable también hacerlo respecto de sus dos instrumentos básicos y que cristalizan la labor de la institución paneuropea (compuesta por cuarenta y siete países) y garantizan el cumplimiento de los Derechos Humanos a lo largo de sus Estados miembros: Nos referimos al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio) y a la Carta Social Europea (en lo sucesivo, la CSE), siendo quizás esta última la que más análisis reciba por nuestra parte, dado que es en ella donde expresamente se protegen los derechos de las personas con discapacidad (concretamente, en su artículo 15).

Ello no quiere decir que en el Convenio no se halle una protección del derecho de igualdad o, dicho de otro modo, una prohibición de todo tipo de discriminación (artículo 14 del Convenio y su Protocolo núm. 12), sino que en el caso del Convenio se trata de una norma más abierta y, por ende, más sujeta a actividad interpretativa –como sucedía con el PIDESC y el PIDCP en las Naciones Unidas–, mientras que en la CSE la discapacidad y su protección quedan plasmadas expresamente en su articulado.

²² Como es sabido, la Comisión Europea de Derechos Humanos que figuraba establecida en el CEDH desapareció tras la entrada en vigor del Protocolo n° 11 con el que se instauraba el TEDH único y permanente, con el objeto de evitar el llamado “doble empleo” derivado de que la Comisión europea también se pronunciaba sobre la admisibilidad y sobre el fondo, lo que podía generar y, de hecho, generaba, situaciones divergentes. Con la supresión de la Comisión, se conjura ese riesgo, pues la contradicción tenía el lógico efecto de hacer perder credibilidad al conjunto del sistema europeo. En el caso de los sistemas interamericano y africano, la Comisión respectiva no ha desaparecido por la razón de que no sólo tiene las competencias estrictamente jurisdiccionales que tenía la Comisión europea, sino que la interamericana y la africana tienen atribuidas competencias fundamentales de promoción de los derechos humanos.

A) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:

Como hemos señalado, el Convenio es la norma suprema a nivel europeo en materia de Derechos Humanos y en él se consagra el espíritu garantista del Consejo de Europa en esta materia²³. Como no podía ser de otro modo, entre los distintos derechos y libertades proclamados en la norma (dictados en forma de prohibición en algunos casos, como es el del artículo 14²⁴) se encuentra la citada cláusula de igualdad, la cual prohíbe, sirviéndose para ello de un listado de circunstancias, todo tipo de discriminación que tenga por base las mismas, siendo idéntico en su contenido a los preceptos de índole universal que hemos revisado anteriormente, semejanza estructural que no sólo se plasma en su directriz, sino también en el hecho de que las personas con discapacidad vuelven a quedar fuera explícitamente, lo que nos lleva nuevamente a realizar un ejercicio de interpretación de cara a ver incluido a dicho colectivo dentro de la prohibición de discriminación.

Como estamos diciendo, no es menos cierto que según ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y en su día la Comisión (ya extinta), el artículo 14 cuenta con una serie de deficiencias las cuales están relacionadas, por un lado, a la vinculación que el propio precepto realiza con el resto del texto y, por otro, las dos interpretaciones bien diferenciadas que podrían realizarse en función de según de qué lengua se traduzca y, finalmente, el carácter abierto de la lista que se realiza y de la cual nos hemos servido para la inclusión de las personas con discapacidad en la prohibición de discriminación²⁵.

De cara a solventar estas deficiencias, en el año 2000 se aprobó el citado Protocolo núm. 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual entró en vigor en 2005 –obteniendo las ratificaciones necesarias para ello–. Sin embargo, el Protocolo sólo realiza matices sobre lo ya expresado en el artículo 14; de esta forma, las personas con discapacidad quedan sujetas nuevamente a la interpretación del artículo 1, párrafo 1, del Protocolo 12, el cual no las contempla y como hemos dicho, reitera la numeración del precepto y no aporta ninguna categoría más de grupos vulnerables susceptibles de algún tipo de discriminación.

No obstante, sí que cabría reconocer respecto del Protocolo 12 que su ámbito de aplicación, a diferencia de lo que sucede con el artículo 14, no se limita únicamente a los derechos contemplados en el Convenio, sino que amplía su protección a “los derechos reconocidos por la ley”, lo que dota a esta norma de un ámbito de protección mucho más extenso que el precepto del Convenio²⁶.

²³ Fue aprobado en Roma en 1950, y fueron dos los motivos que llevaron a su aprobación, tal como lo indica el profesor SÁIZ ARNÁIZ: “El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos”, cit.: Por un lado, el carácter no vinculante de la DUDH, y por otro lo sucedido durante la Segunda Guerra Mundial, lo que dejó a los países europeos con una enorme preocupación por los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

²⁴ Concretamente el Artículo 14 preceptúa que: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

²⁵ Las deficiencias señaladas han seguido lo dicho por el profesor DEOP MADINABETIA, X.: “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 16, 2000, pp. 367-376.

²⁶ Según el informe explicativo del Consejo de Europa, se indica que el Protocolo se ocupa de la discriminación en los casos que impliquen también a una autoridad pública, tanto en los casos donde dicha autoridad pública esté obligada por la legislación nacional, así como en sus actos discrecionales o bien en sus actos u omisiones

Sin nada más que agregar respecto del Convenio y el Protocolo 12 (lo demás será objeto de comentario a propósito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más adelante), pasaremos a revisar sin más preámbulos el segundo instrumento de protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: La Carta Social Europea (CSE), y examinaremos si es más explícito que el CEDH al contener algún precepto específico relativo a las personas con discapacidad.

B) La Carta Social Europea (CSE):

Según la define el ex presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante, CEDS), el señor Jean-Michel Belorgey, la CSE “constituye, en el terreno de los derechos humanos, la prolongación del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales”²⁷; de esta manera, podemos entender esta norma como el segundo pilar de sustento, en clave de insoslayable indivisibilidad, en materia de Derechos Humanos a nivel europeo.

La CSE cuenta con dos versiones, la original aprobada en 1961 y que entró en vigor en 1965 (en la que se encuentran anclados todavía nueve Estados, entre ellos España), y la segunda versión revisada que fue aprobada en 1996 (ratificada por treinta y cuatro Estados del Consejo de Europa, entre ellos los tres países vecinos de España, a saber, Francia, Italia y Portugal) y que tuvo su entrada en vigor en 1999²⁸.

Para un mejor examen de lo que aquí nos ocupa (la protección en materia de personas con discapacidad) revisaremos ambas versiones, contrastando los artículos respectivos –si los hubiese–, valorando así la protección en el ámbito social, y si se da el caso, cuál de ambas ofrece mejor cobertura a este respecto.

1º - Como es lógico, empezaremos por examinar la versión original de 1961, en la cual encontramos su artículo 15, el cual reza: “Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las Partes Contratantes se comprometen: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación”.

Resulta del todo innegable que lo más llamativo del precepto –dejando al margen su abierto compromiso con la integración de las personas con discapacidad – es el empleo de los términos “personas físicas o mentalmente disminuidas” y “minusválidos”, y aunque el tema

encuadrados en sus funciones; también queda protegido el disfrute de los derechos atribuidos por normas nacionales.

²⁷ Esta consideración fue extraída del trabajo del ex Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales, BELORGEY, J. M.: “La Carta Social Europea y su Órgano de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, nº 70, 2007, pp. 233-263.

²⁸ Resulta interesante mencionar, sin que entremos más en el fondo del asunto ya que no es objeto de este trabajo, que la diferencia entre una versión y la otra es el número de artículos, ya que en la versión original se cuenta con 19 artículos de derechos garantizados, mientras que en la versión revisada este número se amplía a 31 y otros catorce numerados de la A-O.

del uso adecuado del lenguaje será objeto de consideraciones en el apartado de las conclusiones, no podemos dejar de hacer hincapié en este aspecto, que en nuestra opinión reviste importancia, dado que se esperaría un empleo de un vocabulario políticamente correcto y ajustado a las circunstancias de un texto de características internacionales como este²⁹.

Dejando al margen lo anterior, es todavía más importante, como hemos dicho, el abierto compromiso de la CSE en la protección del colectivo objeto de nuestro estudio, tornándose un texto que, en nuestra opinión, resulta pionero en esta materia –hay que recordar que los Pactos Internacionales no fueron aprobados sino hasta 1966 y en la DUDH apenas sí hay una vaga referencia a las personas con discapacidad incluida en un precepto–, lo que no hace más que reforzar la idea del compromiso palpable del Consejo de Europa en la protección de los Derechos Humanos.

No obstante, y no conforme con esta declaración, la CSE de 1961 va más allá, y preceptúa esos dos compromisos a los que las Partes Contratantes quedan obligadas: Por un lado, el compromiso de habilitar y facilitar el acceso de este grupo vulnerable a una formación profesional adecuada (aunque para ello tengan que abrir centros especializados cuando no sea posible la incorporación al ámbito educativo ordinario) de cara a su “readaptación profesional y social”; y, por otro lado, el fomento de la inclusión de las personas con discapacidad en el ámbito laboral a través, si así fuese preciso, de incentivos para los empleadores que den puestos de trabajo a este colectivo procurando, en este ámbito asimismo, la incorporación al mercado ordinario de trabajo.

Sin ánimo de restarle mérito al esfuerzo del artículo 15 en materia de inclusión social de las personas con discapacidad –ya decimos, loable y pionero a nivel universal y regional–, nuevamente es objeto de nuestra crítica el empleo de un vocabulario cuasi irrespetuoso y peyorativo, esto es, los citados términos “personas físicas o mentalmente disminuidas” y “minusválidos”, que vienen precedidos de otros términos igualmente peyorativos (“persona inválida” e “invalidez”) en la paralela parte declarativa (parte I), cuando en el punto 15 enuncia: “toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez”.

Dado que ya antes hemos expresado nuestra opinión al respecto del uso de este tipo de terminología en un documento de esta relevancia, y no siendo objeto de análisis exhaustivo en este ítem, no reiteraremos lo explicado supra, de modo que pasaremos a ocuparnos de la versión de 1996 de este instrumento.

2º - Lo primero que nos llama la atención al contrastar el anterior artículo 15 con el actual del Texto revisado de 1996 es el tratamiento que se realiza del vocabulario, de la redacción del mismo, resultando menos rudo (si se nos permite la expresión), quizás más complejo, pero al mismo tiempo más cuidadoso en los detalles.

En la primera versión, nos encontramos únicamente con dos apartados, los cuales persiguen el compromiso de la inclusión de las personas con discapacidad pero sin llegar a incidir más

²⁹ Como bien hemos dicho el lenguaje será objeto de estudio en el apartado final dedicado a las conclusiones, aunque nos gustaría señalar que la SCE no es el único caso de esta índole en un texto de carácter internacional; sin ir más lejos, en el apartado de los objetivos del PAMPD de Naciones Unidas se hace uso del término “impedidos”, lo cual resulta casi tanto, sino más peyorativo, que el plasmado en la CSE.

allá del ámbito formativo y laboral, y todo sea dicho, de forma sucinta³⁰. Con la nueva redacción dada del artículo 15, que como hemos dicho está más cuidada, sustituyendo los términos “inválido” o “disminuido” por “minusválido”, nos encontramos frente a un texto que no sólo no se limita ya a garantizar los derechos de este colectivo en materia de educación y formación profesional (apartado 1), y a su correcta integración en el ámbito laboral (apartado 2), sino que también busca su integración en la vida social y de la comunidad (apartado 3), señalándose incluso ámbitos tales como el cultural o el ocio, cuestiones más cotidianas que habían quedado fuera en la versión anterior de este precepto, y que en ocasiones son tan importantes para una correcta integración como los temas de educación y formación, pues apunta ese apartado a la autonomía para que las personas con discapacidad ostenten la plena ciudadanía.

Si acaso, debe reprocharse incluso, en cuanto a la terminología, que el texto revisado de 1996, todavía no ratificado, en su versión española redactada (como es habitual) por la Oficina de lenguas e interpretación del Ministerio de Asuntos Exteriores, siga utilizando una terminología peyorativa, tributaria “por inercia” de la versión de 1961. Ahora bien, ese sería un obstáculo superable fácilmente cuando se proceda a la ratificación por la Cortes Generales, pues en el procedimiento de ratificación (regulado por los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado) bastará una simple enmienda que proceda a la adaptación y actualización de la terminología para usar el término (ya consagrado en la Convención de Naciones Unidas de 2006) de “personas con discapacidad”, lo cual lógicamente será objeto de consenso unánime.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos queda más que claro que la CSE proporciona una mayor cobertura en materia de fomento de la integración de las personas con discapacidad que el Convenio, el cual se limita únicamente a prohibir la discriminación de un modo meramente declarativo, con un *numerus apertus* que lleva, obligatoriamente, a recurrir a la interpretación para poder incluir al colectivo de las personas con discapacidad dentro de esa protección, siendo que con el Protocolo 12 bien hubiese podido solventar esa deficiencia, siguiendo el ejemplo de la CSE de 1996 que amplía y mejora la protección proclamada en su versión original.

Ya para finalizar el presente apartado, y en relación con la salud y su vinculación estrecha con la búsqueda para prevenir y evitar el aumento de la discapacidad en el mundo, creemos que resulta de interés mencionar que la CSE, en su artículo 11, proclama la obligación de las Partes Contratantes de garantizar un derecho a la salud completo, tanto a nivel colectivo como a nivel individual.

Como hemos señalado *supra* —tanto en la introducción como en el apartado dedicado al análisis de los textos universales—, salud y discapacidad, si bien no siempre van vinculadas, sí que en muchos casos el mal tratamiento y la deficiente prevención de enfermedades, accidentes o servicios esenciales mínimos, fomentan el aumento y la proliferación de discapacidades severas en la población; de modo que el garantizar un derecho a la salud pleno, es un instrumento de prevención de la discapacidad tan importante como lo es la

³⁰ Textualmente los ítems señalan: 1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas. 2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación.

integración del colectivo que la padece, algo que queda más que garantizado en el texto que ha sido objeto de examen en estas líneas.

1.1.2. Instrumentos normativos y acciones específicos sobre personas con discapacidad: atención a la labor del Comisario Europeo de Derechos Humanos.

Pese a que los instrumentos y mecanismos específicos en materia de discapacidad en el seno del Consejo de Europa no son muchos, sí que reflejan muy bien el espíritu integrador con el que la institución inspira todas sus políticas en dicho ámbito –y que bien pudimos apreciar en el artículo 15 de la CSE–. En el presente apartado nos centraremos en examinar los dos instrumentos fundamentales en materia de discapacidad: Por un lado, “El Plan de Acción del Consejo de Europa para la Promoción de Derechos y la Plena Participación de las Personas con Discapacidad en la Sociedad: Mejorar la Calidad de Vida de las Personas con Discapacidad en Europa 2006-2015”, y por otro, la labor del Comisario Europeo para los Derechos Humanos concretamente en el tema que nos ocupa.

A) Como bien hemos dicho, en primer lugar revisaremos el Plan de Acción del Consejo de Europa para la Promoción de Derechos y la Plena Participación de las Personas con Discapacidad en la Sociedad (en lo sucesivo, el Plan de Acción)³¹, el cual fue aprobado por el Comité de Ministros el 5 de abril de 2006. Es innegable que ya en 2018 este Plan de Acción no está vigente en Europa; pese a ello, durante toda una década –desde 2005 hasta 2016– fue el marco de referencia para los Estados miembros en el ámbito de la discapacidad, pues, y tal como indicaba el propio texto, su misión no era otra que garantizar una inclusión efectiva del colectivo objeto de su esfuerzo, apoyándose para ello en los principios y valores de Derechos Humanos en los cuales el Consejo de Europa se ha sustentado desde sus inicios, poniéndolos al servicio del desarrollo y la plena integración de todas las personas con discapacidad a nivel europeo.

Con este Plan de Acción, el Consejo de Europa tenía la intención de dirigir, informar y facilitar la labor de los distintos Estados miembros –según las circunstancias de cada uno– en materia de protección de personas con discapacidad, trazando las líneas a seguir, formulando recomendaciones e indicando cuáles eran los aspectos donde los países debían hacer especial hincapié para mejorar la calidad de vida y fomentar la inclusión social y la plena participación de la población con discapacidad en todos los asuntos públicos, así como garantizar su autonomía y desarrollo personal, lo que se conseguiría a través de quince ítems, denominados “líneas de actuación”, directrices que los Estados debían seguir y que abarcaban todos los ámbitos más importantes de la vida de las personas con discapacidad que debían ser cubiertos; temas tales como la participación en la vida política, pública, social

³¹ Véase la Recomendación Rec (2006/5) del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre El Plan de Acción del Consejo de Europa para la Promoción de Derechos y la Plena Participación de las Personas con Discapacidad en la Sociedad: Mejorar la Calidad de Vida de las Personas con Discapacidad en Europa 2006-2015, y que sienta sus bases en la Declaración ministerial de Málaga relativa a las personas con discapacidad, “Avanzar hacia la plena participación como ciudadanos”, adoptada durante la segunda Conferencia europea de ministros responsables de las políticas de integración de las personas con discapacidad, celebrada en Málaga los días 7 y 8 de mayo de 2003.

En la recomendación se declara que: “El Plan de acción 2005-2016 del Consejo de Europa para las personas con discapacidad tiene por objeto incluir, para la próxima década, los fines u objetivos del Consejo de Europa en materia de derechos del hombre, de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de ciudadanía y de participación de pleno derecho de las personas con discapacidad en un marco europeo relativo a la discapacidad”.

y cultural, la educación, la orientación y la formación profesional, así como el aspecto laboral, las barreras del entorno, el transporte, la comunicación y la información, la asistencia sanitaria y la rehabilitación, la investigación y el desarrollo, la sensibilización, así como la protección social, jurídica y de posibles abusos y violencia.

Como podemos ver, según lo expuesto hasta ahora, el Consejo de Europa cumplió con lo proclamado en el artículo 15 de la CSE –revisado *supra*– y, de esta manera, cinceló todavía más su espíritu y compromiso en la garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

Damos así por finalizado el examen de este primer instrumento específico en materia de discapacidad, de modo que a continuación, y sin más preámbulos, pasamos a ocuparnos del segundo punto el cual reseñaremos en este apartado: El Comisario Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, el Comisario).

B) Se trata de una figura institucional creada mediante la Resolución (99) 50 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, aprobada el 7 de mayo de 1999, la cual a lo largo de sus distintos artículos –doce en total– va sentando las bases y las directrices por las que ha de regirse el Comisario.

Principalmente, podríamos definir al Comisario como una institución con carácter no judicial, independiente e imparcial, dedicada enteramente a la promoción, la sensibilización, la educación y el cumplimiento de los Derechos Humanos a lo largo de todos los Estados miembros del Consejo de Europa, coherente y coordinado con los instrumentos normativos dentro del ámbito de los Derechos Humanos y que, pese a su configuración como guardia y custodia de los valores y principios proclamados en los distintos textos del Consejo de Europa en materia de Derechos Humanos, carece de la autoridad para atender peticiones y quejas de carácter individual, aunque sí podrá emitir informes, recomendaciones y opiniones³². En esto difiere, como es fácilmente deducible, de las defensorías del pueblo (sean las regionales en los Estados en donde existan, sean las estatales, sean las continentales, como sucede en el caso de la UE), con las que también se coordina. De hecho, el primer Comisario Europeo fue el español Álvaro Gil-Robles Gil-Delgado, que venía avalado por su autoridad y trabajo como Defensor del Pueblo Español.

Una vez hemos sentado las bases reguladoras de la institución del Comisario, podemos proceder a comprobar cómo esta institución ha protegido los Derechos Humanos y libertades fundamentales del colectivo del cual nos estamos ocupando: Las personas con discapacidad. Para ello, nos serviremos de un informe emitido en 2013 por Nils Muznieks, ex Comisario Europeo de Derechos Humanos³³ y que fue redactado tras su visita a España en junio de ese mismo año, y transmitido unos meses después, concretamente el 9 de octubre.

Entre los distintos temas que trató el Comisario en su informe (el aumento de la pobreza infantil, las repercusiones nocivas para la salud que trajo consigo, los problemas en materia de educación con razón de los recortes presupuestarios, la atención que merecían las familias con niños a la hora de sus desalojos, etc.), se contempló, como no podía ser de otro modo,

³² Para consultar estas cuestiones y otras, véase La Resolución (99) 50, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la institución del Comisario Europeo para los Derechos Humanos.

³³ Tal como preceptúa el artículo 11 de la Resolución (99) 50 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el mandato del Comisario tendrá una duración de seis años no renovables; desde el 1 de abril de este año, Dunja Mijatovic, de origen bosnio, se ha convertido en la primera mujer en ocupar este puesto, relevando así a Nils Muznieks.

las repercusiones que los recortes presupuestarios tuvieron sobre las personas con discapacidad en España, cómo afectaron al libre disfrute de sus derechos básicos (ejemplo de esto es el caso de la eliminación de intérpretes de lengua de signos en hospitales, tribunales y otras instituciones públicas), lo que, a criterio del Comisario es una cuestión del todo inadmisibles. Sin embargo, tal como revisaremos más adelante (en el apartado correspondiente, *infra*), el Comisario alabó los avances en España dentro del marco de las personas con discapacidad y las normas que se aprobaron para favorecer la plena integración de este colectivo³⁴.

No obstante lo anterior (y sin perjuicio de proceder a un examen con más detenimiento en apartados posteriores), podemos ver en el texto cómo el Comisario se esfuerza por realizar hincapié en las distintas materias que el Consejo de Europa plasma en el Artículo 15 de la CSE (examinado *supra*), y su correcto cumplimiento por las autoridades del Estado miembro en cuestión, que en este caso concreto es España.

Reseñado lo cual, podemos recapitular criticando que resulta lamentable que la autoridad del Comisario Europeo de Derechos Humanos sea limitada y carezca de fuerza vinculante, ya que su labor (al menos en el ámbito que nos ocupa) es del todo efectiva, y lo sería todavía más si sus informes, recomendaciones y opiniones gozasen de una fuerza real que obligase a los Estados miembros a cumplir con sus indicaciones.

1.1.3. Consideración particular de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales.

A continuación, y ya como objeto de análisis que cerrará la primera parte de este examen dedicado al sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, parte dedicada al Consejo de Europa (la segunda versará sobre la UE), nos ocuparemos de revisar la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en materia de discapacidad.

A) Respecto del primero, el TEDH, es importante señalar que a diferencia de lo sucedido en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y tal como lo pone de relieve el Dr. Edwin Figueroa Gutarra³⁵, el TEDH carece de un órgano de revisión previa, que hace las veces de filtro de los asuntos que hasta ella quieren arribar (que en el caso americano es responsable la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), lo que no hace más que facilitar y agilizar la labor del TEDH a la hora de conocer y resolver asuntos que atañen a las personas con discapacidad³⁶.

Un primer caso objeto de interés es la sentencia dictada en el caso *Koua Poirrez contra Francia*, de 30 de septiembre de 2003. El demandante padecía una discapacidad física, y le había sido reconocido un porcentaje de incapacidad del 80% por las autoridades francesas. Al solicitar el reconocimiento de “la prestación para los adultos discapacitados”, le fue denegada por no

³⁴ Véanse los párrafos 50 a 99 del informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos de 9 de octubre de 2013.

³⁵ Esta cuestión es revisada en su trabajo FIGUEROA GUTARRA, E.: “Discapacidad, derechos humanos y jurisprudencia: construyendo una tesis de indisolubilidad”, *Gaceta Jurídica*, nº 82, octubre, 2014, concretamente en su apartado 4.2, dedicado a la jurisprudencia del TEDH, pp. 165-176.

³⁶ El propio Dr. Figueroa señala en el mismo trabajo que: “(...) En materia de discapacidad, el TEDH presenta un número mayor de pronunciamientos, dado que no existe Comisión de Derechos Humanos (...)”.

tener nacionalidad francesa o, alternativamente, la nacionalidad de un Estado con el que Francia hubiera suscrito un acuerdo de reciprocidad. Pues bien, el Tribunal Estrasburgo entendió que la diferencia de trato de la que fue víctima el demandante fue claramente constitutiva de una discriminación en el disfrute de un derecho patrimonial (artículo 14 CEDH en conexión con artículo 1 del Protocolo nº 1), siendo el criterio de la nacionalidad el único obstáculo que impedía al demandante disfrutar de dicha prestación.

Será objeto de nuestro examen, en segundo lugar, el caso *Glor contra Suiza* de 2009³⁷, el cual resulta de sumo interés dado que revisa el concepto del artículo 14 (el cual hemos revisado antes), y examina si hay o no discriminación en un asunto concreto.

En síntesis, los antecedentes del caso vendrían a ser que el señor Sven Glor fue declarado no apto para realizar el servicio militar (aun cuando él así lo deseaba), por padecer una enfermedad que a criterio del médico evaluador se lo impedía (diabetes mellitus tipo 1), quedando igualmente liberado de realizar el servicio de prestación civil (aunque finalmente sería admitido pero no contratado); sin embargo, más tarde, la administración de Zurich le obligó a pagar la tasa de exención del servicio militar (algo más de 400 euros), al no considerar que estaba exento de su pago ya que no alcanzaba el umbral mínimo de discapacidad (un 40% de daño físico o psíquico según la jurisprudencia del Tribunal Federal). Pese a sus esfuerzos y a recurrir a todas las instancias internas necesarias, llegó finalmente hasta el TEDH alegando una discriminación en virtud del artículo 14 en consonancia con el artículo 8³⁸.

El TEDH le dio la razón al demandante, ya que entiende que existe una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8; son diversos los párrafos importantes³⁹, ahora bien, es el párrafo 84 en donde el Tribunal deja clara su postura, señalando que existe una discriminación al haberle negado al demandante la oportunidad de realizar el servicio militar atendiendo a un impedimento, pero luego no toma en consideración dicho impedimento para realizar la exención del pago del impuesto⁴⁰, el cual resulta decisivo y no deja lugar a dudas con la interpretación de los magistrados respecto de la discriminación del Artículo 14.

Vemos por tanto, cómo el TEDH se esfuerza por delimitar el alcance del artículo 14 y de ese modo incluir en él ya no sólo las circunstancias contempladas, sino también otras situaciones que bien pueden encuadrarse en el mismo mediante una línea de interpretación; lo cual demuestra que, en principio, el TEDH sí está llamado a cumplir con su función de garante de los Derechos Humanos y sirve como instrumento de protección de los intereses de las personas con discapacidad (aunque su eficacia real la analizaremos más detenidamente en las conclusiones).

³⁷ Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 2009, relativa a la solicitud 13444/04, caso *Sven Glor contra Suiza*.

³⁸ El artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla el “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

³⁹ Como hemos indicado hay varios párrafos de gran relevancia en la sentencia; entre otros el 72, que contempla los requisitos para que una discriminación quede encuadrada en el ámbito del artículo 14, y el párrafo 74, que pone de relieve los límites discrecionales con los que cuentan los Estados miembros en el trato desigual frente a determinadas situaciones.

⁴⁰ Textualmente el párrafo 84 señala que: “La Corte también considera que obligar al solicitante a pagar el impuesto en disputa, después de haberle negado la oportunidad de realizar un servicio militar (o civil), puede estar en contradicción con la necesidad de combatir la discriminación contra las personas con discapacidad y promover su plena participación e inclusión en la sociedad”.

En tal cometido, efectivamente, cabe comprobar una evolución interesante, como lo acredita igualmente la reciente Sentencia del TEDH (mencionada en el capítulo introductorio, *supra*) dictada en el caso *Enver Şabin c. Turquía* de 30 de enero de 2018, en el que se concluyó la vulneración del artículo 14 CEDH (igualdad y no discriminación) en conjunción con el artículo 2 del Protocolo nº 1 (derecho a la educación) como resultado de las deficiencias derivadas de la ausencia de accesibilidad en el centro universitario en el que el demandante debía cursar sus estudios.

El párrafo 75 es contundente, en clave antidiscriminatoria, en cuanto a la *ratio decidendi* del TEDH: “a la vista de todos los elementos que preceden, el Tribunal concluye que en el caso de autos el Gobierno no ha demostrado que las autoridades nacionales, y especialmente las instancias universitarias y judiciales, hayan reaccionado con la diligencia requerida para que el demandante pueda continuar disfrutando de su derecho a la educación en pie de igualdad con los otros estudiantes y para que, en consecuencia, no se rompa el justo equilibrio al efectuar la ponderación entre los intereses concurrentes en juego”.

Por lo demás, esta evolución resulta más notable si se tiene en cuenta que, en pronunciamientos anteriores el TEDH se había mostrado reticente a acometer con resolución y compromiso los derechos de las personas con discapacidad, ya sea en el plano sustancial (no declaración la violación de derechos), ya sea en el plano procedimental (procedimiento pura y llanamente a declarar la inadmisibilidad de los casos).

Como ejemplo de lo primero (aspecto sustancial) cabe mencionar la sentencia dictada por el TEDH en el caso *Botta contra Italia*, de 24 de febrero de 1998, en el que no se consideró vulnerado el artículo 8 CEDH: el señor Botta había solicitado en vano a las autoridades italianas que adoptaran las medidas oportunas para que los establecimientos privados situados en la playa cercana a donde él residía durante sus vacaciones aplicasen efectivamente la legislación nacional que les obligaba a disponer un acceso a la playa para las personas con discapacidad. Para llegar a tal conclusión, el TEDH entendió que el derecho reivindicado por el señor Botta (a saber, el de poder acceder a la playa y al mar lejos de su residencia habitual durante las vacaciones) “afecta a relaciones interpersonales de un contenido tan amplio e indeterminado que no puede acogerse la existencia de una relación directa entre las medidas exigidas al Estado para poner remedio a las omisiones de los balnearios privados y la vida privada del interesado. Por tanto, no resulta aplicable el artículo 8” (apartados 28 y 35)⁴¹.

Como ilustraciones de lo segundo (aspecto procedimental), vale la pena mencionar: por un lado, la decisión de inadmisibilidad dictada en el caso *Jitka Zehnalova y Otto Zehnal contra República Checa*, de 14 mayo de 2002: el TEDH debió pronunciarse acerca de si la supuesta infracción del Estado checo consistente en no suprimir las barreras arquitectónicas que impedían el acceso de las personas con discapacidad a los centros públicos o abiertos al público en la ciudad en la que tenían su domicilio era constitutiva de una violación de la vida privada de los demandantes. Al analizarse este caso en la doctrina⁴², se ha criticado que el TEDH se interrogó sobre la frontera entre el campo de aplicación de la CSE y del CEDH,

⁴¹ Al contrario, una minoría de los miembros de la anterior Comisión Europea de Derechos Humanos había considerado que se había producido violación del Convenio Europeo, tras entender que las autoridades italianas habían omitido aplicar su propia legislación y que el art. 8 cubría el acceso de todos a los lugares públicos o abiertos al público (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión *Botta contra Italia*, de 15 octubre de 1996, D.R 84-A, p. 34).

⁴² De nuevo, CHATTON, G.: “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, 2008, nº 73, p. 72.

precisando que el artículo 8 CEDH sólo cabe aplicarlo en los casos excepcionales en donde la falta de accesos a los centros públicos o abiertos al público pueda impedir a la parte demandante vivir su vida de tal manera que el derecho al desarrollo de su personalidad o su derecho a entablar y mantener relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior queden en entredicho. Y, por otro lado, cabe mencionar la decisión de inadmisibilidad dictada en el *caso Molka contra Polonia*, de 11 de abril de 2006: el demandante (en silla de ruedas) denunciaba la ausencia de acceso a la cabina para votar. Su demanda fue declarada manifiestamente infundada (si bien el artículo 8 CEDH fue considerado aplicable), en la medida en que habría tenido la posibilidad de solicitar ayuda a otros votantes para acceder a dicha cabina.

Damos por concluido el examen de la labor del TEDH, y tal como hemos indicado antes, nos ocuparemos del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), y su papel como órgano complementario (con respecto al TEDH en clave de indivisibilidad) de protección y garantía de los Derechos Humanos en el Consejo de Europa, ya que, como hemos visto con anterioridad, el instrumento jurídico del cual se ocupa (la CSE) cumple un papel todavía más trascendental en la defensa de la integración de las personas con discapacidad que el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴³.

B) En el ámbito de los derechos sociales a nivel europeo es innegable que el CEDS ha desempeñado un papel trascendental; no obstante, este papel tal vez no hubiese llegado a tener tal nivel de eficacia si no fuera por uno de sus ex presidentes, Jean-Michel Belorgey, quien incluso en la materia que aquí nos ocupa jugó un papel destacado y crucial, tanto así que fue durante su mandato cuando se dio un paso de gigante en la protección a nivel europeo en la defensa y valía de los derechos de las personas con discapacidad⁴⁴. De hecho, se trata de una de las muchas decisiones de fondo en las que fue ponente, la cual nos servirá para juzgar la labor del CEDS en el ámbito del colectivo objeto de nuestro estudio.

La decisión de fondo a la que nos referimos es de 4 de noviembre de 2003, relativa a la reclamación 13/2002, interpuesta por la *Asociación Internacional Autismo Europa contra Francia*. En dicha reclamación la institución adujo que la aplicación de las leyes francesas en materia de discapacidad eran aplicadas de un modo insatisfactorio por parte del gobierno; entre las deficiencias señaladas por el reclamante, se dejó constancia que entorno a un 90% de los niños y jóvenes adultos carecían de medios para una educación ajustada a sus necesidades; arguyó también que los programas de integración educativa, la preparación de los docentes y la intervención temprana, carecían de la financiación imprescindible para su correcta ejecución, poniéndose así de manifiesto el poco interés que el gobierno mostraba por el colectivo de niños con discapacidad. Por su parte, el gobierno francés admitió su error, pero hizo hincapié en las nuevas partidas presupuestarias que destinaría a cubrir las necesidades

⁴³ Sería interesante mencionar que pese al carácter socio-democrático de la CSE, que contempla en su texto un catálogo de derechos trascendentales para un correcto desarrollo de Estados democráticos y de Derecho, todavía hay una asimetría entre este texto y El Convenio Europeo de Derechos Humanos, concediéndosele una mayor relevancia a este último – no se ingresa en El Consejo de Europa sin la adhesión al mismo –, cuestión con la que no estamos de acuerdo, coincidiendo con la opinión del profesor y ex Presidente del CEDS, JIMENA QUESADA, L: “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015, pp. 99-127.

⁴⁴ La loable labor del señor Belorgey en la consecución de los principios y valores proclamados en la CSE a través del CEDS queda reseñada magistralmente por el también ex Presidente del CEDS, JIMENA QUESADA, L “Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: Tributo a Jean-Michel Belorgey”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, nº 1, 2017, pp. 1-25.

de los niños con discapacidad (aunque fuese de todos y no concretamente del colectivo autista).

El fallo del CEDS fue claro: Consideró que el gobierno francés había vulnerado el artículo 15 de la CSE revisada, es decir, el derecho de las personas con discapacidad a una educación y una formación adecuadas y ajustadas a sus necesidades para una correcta integración en la vida social, lo que había supuesto una discriminación, y ya no sólo hacia el colectivo del caso concreto, sino también con carácter general (el derecho de toda persona a no ser discriminada). El CEDS daba al Estado cierta flexibilidad, dado que era plenamente consciente del coste que conllevaría cumplir con este derecho (como en todos los casos semejantes a este), pero advertía que la concreción de los derechos sociales debía tener lugar en un “lapso razonable, con avances mensurables y de alcance coherente con el máximo de recursos disponibles”. El CEDS indicó que Francia había aprobado la ley de discapacidad en 1975, y que por tanto la carencia de plazas resultaba del todo inadmisibles, como también lo era la definición que en Francia se tenía sobre el autismo, que a todos los efectos resultaba restrictiva. Es importante señalar, pese a todo lo anterior, que en materia de financiación de la educación especial, el CEDS se declaró incompetente para intervenir de modo alguno, arguyendo que era un asunto que quedaba reservado al ámbito discrecional del Estado.

Al hilo de la anterior decisión, debemos subrayar que la misma se va visto consolidada, pues la línea jurisprudencia abierta por ella se confirmó con la posterior decisión sobre la reclamación colectiva nº 41/2007 (*Centro de Defensa de la Discapacidad Mental contra Bulgaria*). En la reclamación denunciaba la vulneración en Bulgaria del derecho a la educación de los niños con discapacidades psíquicas moderadas, severas o profundas. El CEDS declaró en su decisión de fondo de 5 de junio de 2008 que dicho derecho no era respetado, declarando la vulneración del artículo 17.2 de la Carta revisada (*derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica*)⁴⁵, considerado aisladamente (apartado 48 de la decisión de fondo) y en combinación con el artículo E (*principio de no discriminación*) de la Carta revisada (apartado 54), en la medida en que las tasas de acceso de dichos niños al sistema educativo (en las estructuras del régimen general o, en su defecto, en estructuras especializadas) comporta un agravio comparativo con relación a los demás niños.

Un comentario interesante suscita esta segunda decisión del CEDS, es decir: en su argumentación jurídica de la decisión de fondo de 5 de junio de 2008, el CEDS es coherente con la necesaria interrelación de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos; a tal efecto, acude al dictar su decisión de fondo (apartado 37) a los criterios de dotación, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad establecidos en este terreno por la Observación General nº 13 sobre el derecho a la educación elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (documento E/C.12/1999/10 de 8 de diciembre de 1999, pár. 6), en la que se sostiene que los centros de enseñanza y los programas educativos deben ser accesibles a todos, sin discriminación, y que la enseñanza debe ser concebida de tal forma que responda a las necesidades de niños que tengan dificultades específicas.

Como podemos ver a través de estos ejemplos, la labor del CEDS en esta materia es incuestionable, y en nuestra opinión incluso poseedora de una mayor relevancia que las sentencias que pueda llevar el TEDH, y todo por una simple razón: Tal como hemos comentado antes, la CSE se ocupa de garantizar derechos sociales, los cuales influyen más

⁴⁵ El artículo 17 obliga a los Estados Partes en su apartado 2 “a garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela”.

en un día a día que los derechos proclamados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, los cuales se activarán en situaciones más enfocadas en un ámbito político que cotidiano. Temas como la eliminación de las barreras, la participación en igualdad de condiciones en la vida social, y como hemos visto aquí, la educación y la formación, son asuntos mucho más ligados a una plena integración de las personas con discapacidad.

1.2. La Unión Europea.

1.2.1. Consideración especial de la Carta de los Derechos Fundamentales y otros instrumentos normativos.

Dejando a un lado ahora el Consejo de Europa, pero sin salir del marco europeo de protección de los Derechos Humanos, procedemos a centrarnos en el examen del segundo sistema regional de integración: La Unión Europea (en adelante, UE), la cual se ha mostrado desde siempre predispuesta a la integración de las personas con discapacidad⁴⁶.

Existen dos instrumentos esenciales (genéricos) que contemplan en su articulado a las personas con discapacidad. El primero de ellos es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en cuyo artículo 10 encontramos una declaración abierta de la UE en la cual deja clara su intención de luchar contra toda discriminación a través de sus políticas y acciones institucionales⁴⁷. No debemos avanzar demasiado para encontrarnos con el artículo 19⁴⁸, el cual posee un carácter potestativo en su apartado 1, confiriéndole al Consejo la capacidad de aprobar normas que tengan por objeto confrontar determinados tipos de discriminación (previa autorización del Parlamento Europeo); sin embargo, y según el apartado 2 del mismo precepto, el Parlamento Europeo y el Consejo mediante el “procedimiento de legislación ordinaria” pueden adoptar “los principios básicos de las medidas de la Unión de estímulo”, en aras de brindarle a los Estados miembros el apoyo necesario para la “consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1”.

De esta manera, observamos que la UE se encuentra (o al menos así lo deja claro en estos instrumentos normativos institucionales), en una posición apropiada y adecuada para desarrollar un marco jurídico en materia de las personas con discapacidad; podría hasta decirse, yendo un paso más allá, que la UE no sólo cuenta con una base jurídica sólida, sino que se ha obligado (mediante el mencionado artículo 10) a llevar a cabo políticas que luchen contra posibles discriminaciones y optimizar, con el único límite de sus competencias, todo el sistema de protección de las personas con discapacidad. Por añadidura, medios

⁴⁶ En el Tratado de la Comunidad Europea (TCE), en su artículo 13, párrafo primero se indicaba que: “Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”, y si bien es cierto que no se contemplaba una prohibición a la discriminación, es igualmente cierto que se trataba de una abierta declaración de intenciones a favor de la integración.

⁴⁷ Artículo 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

⁴⁸ El artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, viene a seguir los pasos del mencionado artículo 13 del TCE, con la referencia, no obstante, a que El Consejo queda sometido al “procedimiento de legislación especial”.

económicos no le faltan, merced al conocido sistema de recursos propios que aseguran su funcionamiento permanente.

Cierto es que estos preceptos (que hacen las veces de declaraciones desde la perspectiva dogmática de los derechos, pues no proceden a un reconocimiento de éstos, sino a una configuración de la problemática desde la perspectiva de las políticas públicas) reflejan indiscutiblemente el compromiso de la UE en materia de protección de los grupos vulnerables (como es el caso de las personas con discapacidad), pero ello no significa que sean el único instrumento de esta índole, ni muchísimo menos, pues la UE cuenta con su propio texto dedicado exclusivamente a la protección de los Derechos Humanos: La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo CDFEU)⁴⁹, la cual, como es sabido, entró en vigor como parte del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009.

Serán cuatro los artículos que revisaremos, partiendo desde los más genéricos a los más específicos:

A) Artículo 20, “Igualdad ante la ley”. Podríamos decir que tal como sucede con otras proclamaciones similares (*exempli gratia*, el artículo 7 de la DUDH), estamos frente a un precepto que plasma un principio básico y esencial, presente en todo texto de esta índole: La igualdad de todos ante la ley, sea tanto para hallar en ella un amparo, como un límite punitivo a nuestras acciones; por lo tanto, las personas con discapacidad hallan en este precepto una cobertura de protección, una proclamación tan sencilla como es que todos somos iguales, sin distinción alguna.

B) Artículo 34, “Seguridad Social y Ayuda Social”⁵⁰. En este precepto la UE reconoce el derecho de todas las personas –siempre en consonancia con el principio de igualdad previamente revisado– al acceso a todas las prestaciones sociales necesarias, tanto a la luz de la legislación de la propia Unión como de los Estados miembros a nivel interno. Resulta interesante para nuestro ámbito señalar que entre las distintas circunstancias en las cuales entra en juego el acceso a estas prestaciones, se indica “la dependencia”, cuestión estrechamente vinculada al ámbito de la discapacidad y que en muchos casos este colectivo ve su situación convertida en un hándicap precisamente por no tener garantizado este derecho en su legislación nacional⁵¹.

C) Artículo 21, “No discriminación”. En este precepto vemos consagrado el interés de la Unión para combatir la discriminación, y aunque la elaboración de la CDFEU es anterior (incluida su proclamación solemne en diciembre de 2000 en Niza) al Tratado de Funcionamiento, no hay que olvidar que, y como hemos mencionado antes, ya desde su derecho más originario la institución ha velado por asegurar la no discriminación. El párrafo 1 de este artículo señala, entre las circunstancias cuya exclusión queda prohibida, expresamente a la discapacidad, y no sólo eso, sino que también se estipula que estará

⁴⁹ Si bien es cierto que existen dos versiones de este texto, la original aprobada el 7 de diciembre de 2000, y la revisada aprobada el 12 de diciembre de 2007 – siendo esta última la vigente –, no es erróneo afirmar que apenas existen diferencias entre ambas, y ninguna particularmente en la materia objeto de nuestro estudio.

⁵⁰ Reviste especial atención el párrafo 1 de este artículo 34, el cual estipula que: “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

⁵¹ No es el caso de España, que durante la legislatura 2004-2008, aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que será objeto de nuestra atención en el apartado correspondiente.

prohibida toda discriminación por razón de “características genéticas”, lo que acorta o reduce todavía más el margen posible de discriminación, ya que actualmente los tipos de discapacidad no se limitan únicamente a aspectos sensoriales, físicos o psíquicos, sino que pueden abarcar incluso enfermedades genéticas que traigan consigo algún tipo de impedimento que pueda encuadrarse dentro de la categoría de discapacidad sin llegar a serlo tal como se entiende ese concepto (basta que recordemos el ejemplo del Caso Glor VS Suiza analizado a propósito del TEDH y su papel en la protección de las personas con discapacidad).

D) Artículo 26, “Integración de las personas discapacitadas”. Ya en su rúbrica el propio artículo realiza una perfecta síntesis de la idea plasmada en él, una proclamación que consagra sin margen de error el esfuerzo de la Unión en esta materia; tal vez no llegue a ser un precepto equiparable al artículo 15 CSE, pero no por ello deja de ser un avance significativo y que sitúa a la UE un paso por delante de tratados y declaraciones de ámbito internacional que ni siquiera tienen un enunciado semejante a lo largo de su texto. Y si bien hemos dicho que no puede equipararse a la directriz estipulada en la Carta Social Europea (mucho más extensa y concreta en su contenido), el artículo 26 sabe delimitar en pocas líneas los focos a los cuales deben ir dirigidos el ímpetu de la institución y sus Estados miembros: “medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”, lo que en pocas palabras viene a sintetizar lo expresado por la CSE en el más que reseñado artículo 15.

Hemos revisado los instrumentos fundamentales de la UE que integran en su contenido a las personas con discapacidad (bien de forma directa o indirecta); no obstante, existen ciertos instrumentos normativos en el ámbito de la Unión que afectan específicamente a este colectivo, y de los cuales nos ocuparemos a continuación, para lo cual seguiremos el mismo esquema que para los artículos, es decir, partiremos por las acciones más amplias, para luego centrarnos en la normativa más específica.

A) Decisión 2001/903/CE del Consejo de 3 de diciembre de 2001 sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003. Esta Decisión surge dentro del marco de actuación consagrado en el entonces artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) –ya visto a propósito del equivalente artículo 19 del Tratado de Funcionamiento examinado *supra*–, y fue aprobada por el Consejo el 3 de diciembre de 2001⁵², con su entrada en vigor el 19 de diciembre del mismo año tras su publicación en el Diario Oficial de las entonces Comunidades Europeas. A lo largo de sus catorce artículos, la Decisión detalla el proceder de cara a la consecución de los objetivos fijados con el establecimiento del año 2003 como año de las personas con discapacidad, siendo, entre otros: La sensibilización en materia de formas de discapacidad, sobre las formas de discriminación, el derecho a la protección de las personas con discapacidad, así como la mejora tanto de la imagen y la comunicación en materia de discapacidad, etc.⁵³.

⁵² El propio texto de la Decisión nos aporta otros instrumentos que han formado parte del conjunto normativo que conformó el ímpetu de la UE en el ámbito de las personas con discapacidad; La Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (Considerando 2), la Resolución del Consejo y los Ministros de Educación reunidos en Consejo, de 31 de mayo de 1990, relativa a la integración de los niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios (Considerando 3) y La Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 20 de diciembre de 1996, sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías (Considerando 4), entre otros, aunque estos son los más reseñables e importantes.

⁵³ Véase el artículo 2 de la Decisión 2001/903/CE del Consejo, relativa al establecimiento del año 2003 como año de las personas con discapacidad.

B) *Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos: Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020* (Comisión Europea). Se trata de una estrategia promovida por la Comisión Europea que, en consonancia con la Convención Internacional sobre las Personas con Discapacidad (ya analizada) de la cual la Unión es signataria, tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de todos los principios y objetivos que dieron origen a la citada Convención.

La UE prestará especial atención a aspectos tales como la plena accesibilidad a bienes y servicios sin barreras, la igualdad de trato en materia de acceso a la educación y al sistema sanitario, la plena integración de las personas con discapacidad como ciudadanos europeos –y todo lo que comporta serlo–, lograr que el acceso al mercado de trabajo de las personas con discapacidad incremente, la optimización de los instrumentos de la UE en materia de discapacidad y en materia de discriminación por esta razón, entre otros muchos objetivos reseñados en el propio documento. Sin embargo, todo ello con el apoyo y el activo compromiso de los Estados miembros, sobre los cuales se deposita la mayor responsabilidad, declarándose la UE como un agente impulsor y de apoyo para las acciones de aquellos.

C) Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Si bien no se trata de una directiva que se ocupe exclusivamente de las personas con discapacidad, sí que se enmarca dentro de los objetivos fijados en el mencionado artículo 13 del TCE –relativo a la obligación de la Unión contra todo tipo de discriminación–, actual artículo 19 del TFUE⁵⁴, sin mencionar que dedica tanto el artículo 2, párrafo 2, letra B) inciso II⁵⁵, el artículo 5⁵⁶ y el artículo 7, párrafo 2⁵⁷ al examen de situaciones que pueden involucrar a personas discapacitadas. Nos resulta interesante mencionar que en el artículo 18, se señala como fecha límite para la adopción de todas las medidas necesarias para la aplicación de la Directiva, el 2 de diciembre de 2003, es decir, el último mes del año de las personas con discapacidad, lo cual enmarcaría, de algún modo, a este instrumento dentro de los objetivos fijados para ese año como iniciativa de la Unión.

⁵⁴ La propia Directiva en su Artículo 1 señala como objetivo de la misma el establecimiento de “un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato”.

⁵⁵ Artículo 2.2: “A efectos de lo dispuesto en el apartado 1: b) existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que: (...) II) respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica”.

⁵⁶ “Artículo 5. Ajustes razonables para las personas con discapacidad A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades”.

⁵⁷ Artículo 7: “2. Por lo que respecta a las personas con discapacidad, el principio de igualdad de trato no constituirá un obstáculo al derecho de los Estados miembros de mantener o adoptar disposiciones relativas a la protección de la salud y la seguridad en el lugar de trabajo, ni para las medidas cuya finalidad sea crear o mantener disposiciones o facilidades con objeto de proteger o fomentar la inserción de dichas personas en el mundo laboral”.

D) Reglamento (CE) No 1107/2006, del Parlamento y del Consejo de 5 de julio de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Quizás lo más importante de este instrumento es que se trata de la primera norma a nivel europeo que versa sobre la materia de las personas con discapacidad, aunque tenga un ámbito de aplicación tan concreto y específico como es el transporte aéreo⁵⁸. Un aspecto que llama la atención es el señalado en el Considerando 11, el cual efectúa un imperativo a medio y largo plazo que involucra tanto a la remodelación de los aeropuertos y a la construcción de nuevos, así como al acondicionamiento de nuevas aeronaves, todo ello de cara al adecuado ajuste a las necesidades requeridas por las personas con discapacidad y movilidad reducida⁵⁹. Existen dos cuestiones que nos resultan de gran interés: La primera de ellas es la prohibición de toda discriminación por parte de las compañías aéreas, la cual queda expresamente plasmada en el artículo 3⁶⁰; y, en segundo lugar, un sistema de reclamación que se establece en el artículo 15, que está destinado a formular reclamaciones en relación con algún tipo de vulneración del Reglamento.

En definitivas cuentas, como podemos ver, el ímpetu de la UE para garantizar la igualdad de trato, la no discriminación y la plena inclusión social, laboral y comunitaria de la población con discapacidad, poco a poco ha ido dando pasos en el camino correcto –al menos a nuestro criterio–, un avance que ya en su día cristalizó el Reglamento recién analizado como primera norma en el ámbito comunitario en materia de discapacidad, lo que demuestra, de forma inequívoca, lo que reseñamos al principio de este apartado: La Unión Europea cuenta con los mecanismos jurídicos necesarios (y los recursos económicos apropiados) para hacer cumplir el compromiso que estableció en la redacción primero del artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, y más tarde, del artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

1.2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Una vez hemos concluido el análisis de la materia normativa de la Unión Europea, se hace necesario que dediquemos un apartado a ver cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), máximo garante del cumplimiento de la legislación comunitaria, logra que, efectivamente, se cumplan dichas normas en materia de las personas con discapacidad. Para ello nos apoyaremos en dos sentencias representativas de las líneas jurisprudenciales del TJUE, las cuales resultan interesantes ya que de su contenido podemos delimitar la extensión del concepto “persona con discapacidad”, o bien conocer la extensión de su protección en materia de no discriminación.

⁵⁸ Nota personal: Tal como comenté en el epígrafe dedicado a la introducción del trabajo, tengo una discapacidad, y he de reconocer que el transporte aéreo ofrece una amplia cobertura de apoyo a mi colectivo, la cual facilita muchísimo una movilidad tranquila de un destino a otro.

⁵⁹ Considerando (11): “A la hora de decidir el diseño de los nuevos aeropuertos y terminales, o en caso de renovaciones importantes, las entidades gestoras de los aeropuertos deben tener en cuenta, siempre que sea posible, las necesidades de las personas con discapacidad o movilidad reducida. Asimismo, en la medida de lo posible, las compañías aéreas deben tomar dichas necesidades en consideración a la hora de decidir el diseño de los aviones nuevos y nuevamente acondicionados”.

⁶⁰ El artículo 3 señala que: “Las compañías aéreas, sus agentes o los operadores turísticos no podrán negarse, alegando la discapacidad o movilidad reducida del pasajero a: a) aceptar una reserva para un vuelo que salga de o llegue a un aeropuerto sujeto a las disposiciones del presente Reglamento; b) embarcar a una persona con discapacidad o movilidad reducida en un aeropuerto de este tipo, siempre que la persona de que se trate disponga de un billete válido y de una reserva”.

A) Sentencia de 11.7.2006, Asunto C-13/05, *Sonia Chacón Navas y Eurest Colectividades, S.A.*

En síntesis, la demandante, la señora Chacón Navas, que obtuvo la baja laboral por enfermedad el día 14 de octubre de 2003, demandó a la empresa en la que trabajaba, Eurest Colectividades, S.A., por despedirla sin motivo alguno el 28 de mayo del 2004, reconociendo la empresa, no obstante, el carácter improcedente del despido y ofreciéndole una indemnización a modo de compensación. En julio de ese mismo año, la señora Chacón Navas interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, considerando su despido nulo al estar basado en una discriminación y un trato desigual por razón de la enfermedad que le imposibilitaba incorporarse a su puesto de trabajo hacía ya ocho meses – y sin posibilidad de reincorporarse a corto plazo–.

Respondiendo a las cuestiones prejudiciales que elevó el Juzgado que conocía el asunto⁶¹, el TJUE se pronuncia y señala que para el contexto de la Directiva 2000/78, cuyo ámbito de aplicación es el empleo y la ocupación, la discapacidad debe entenderse como “una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”⁶²; pero el TJUE no se queda ahí, señalando más adelante que el concepto de discapacidad de la Directiva 2000/78, cuya discriminación se prohíbe, queda bien delimitado a raíz del enfoque que le dio el legislador europeo en el Considerando 16 de la norma⁶³ que no es otro que una dolencia que se alarga en el tiempo de forma indefinida, lo que conlleva, irremediabilmente, a excluir los casos en los que un trabajador se vea imposibilitado por una enfermedad⁶⁴ del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78.

Y con relación a la segunda cuestión planteada, el TJUE indica que no se puede incluir entre las prohibiciones de discriminación la razón de enfermedad, ni siquiera por analogía, ya que si bien puede encuadrarse en un ámbito amplio de no discriminación (como principio genérico), se entiende que las circunstancias listadas a lo largo de la Directiva 2000/78 es un *numerus clausus* y sin margen de ampliación de tipo alguno⁶⁵. Podemos deducir del fallo y de todo lo expuesto por la Sala del TJUE, que la discapacidad en el marco de la Directiva 2000/78 es un concepto cerrado, destinado exclusivamente a aquellas personas que padezcan

⁶¹ Las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado que conocía el caso fueron, en primer lugar, si “¿La Directiva 2000/78, en tanto que en su artículo 1 establece un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad, incluye dentro de su ámbito protector a una trabajadora que ha sido despedida de su empresa exclusivamente por razón de encontrarse enferma?”, y, en segundo lugar, “Subsidiariamente y para el supuesto de que se considerara que las situaciones de enfermedad no encajan dentro del marco protector que la Directiva 2000/78 dispensa contra la discriminación por motivos de discapacidad y la primera pregunta fuera respondida negativamente: ¿se puede considerar a la enfermedad como una señal identitaria adicional frente a las que proscriben la discriminación la Directiva 2000/78?”.

⁶² Véase la Sentencia de 11.7.2006, Asunto C-13/05, *Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades, S.A.*, párrafo 43.

⁶³ Párrafo 45 de la referida sentencia: “El decimosexto considerando de la Directiva 2000/78 establece que «la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad». La importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas destinadas a adaptar el puesto de trabajo en función de la discapacidad demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizado durante un largo período”.

⁶⁴ Véanse los párrafos 47 y 52 de la sentencia aquí examinada.

⁶⁵ Véanse los párrafos 53 a 57 de la sentencia aquí examinada.

una discapacidad entendida en su concepto genérico, es decir, una dolencia o limitación sensorial, física o mental, y no abarca ninguna otra causa análoga a ellas⁶⁶.

B) Sentencia de 17.7.2008, asunto C-303/06, S. *Coleman y Attridge Law, Steve Law*. El objeto central de la sentencia radica en las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con la Directiva 2000/78 –anteriormente analizada–, en el marco de un litigio entre la señora Coleman –demandante– y el bufete, Attridge Law, y uno de sus socios, el señor Steve Law.

Los antecedentes del caso vendrían a ser: La señora Coleman, que trabajaba como secretaria judicial para el señor Law, tuvo un hijo en 2002 que requería cuidados especiales –sufría diversas dolencias congénitas–; en marzo del 2005 la demandante aceptó su dimisión a causa de un exceso de plantilla, poniendo así fin al contrato que la vinculaba al señor Law; sin embargo, en agosto de ese mismo año presentó una demanda ante el “Employment Tribunal, London South”, según la cual había sufrido un despido encubierto, recibiendo un trato más desfavorable que el del resto de empleados debido a que tenía un hijo discapacitado a su cargo, y como consecuencia de ello, se vio forzada a dimitir.

El fallo vuelve a responder a las cuestiones prejudiciales, que en este caso son cuatro⁶⁷, y que en síntesis vendrían a ser: por un lado, si la prohibición de discriminación y el imperativo de igualdad de trato de la Directiva 2000/78 son de aplicar directamente a las personas con discapacidad, o si bien puede también quedar a su amparo el trabajador que tiene a su cargo un hijo con discapacidad y sufre, por esta razón, un trato discriminatorio y desigual; y, por otro lado, si el acoso prohibido por la Directiva 2000/78 sólo resguarda al trabajador discapacitado en concreto o bien, como sucede en la cuestión anterior, también se aplica al trabajador con hijo discapacitado a su cargo víctima de un acoso por esta razón. Dada la complejidad del caso, y con ánimo de no extender demasiado este apartado, nos centraremos únicamente en las dos respuestas principales dadas por el TJUE⁶⁸.

Respecto a la primera cuestión, el TJUE, atendiendo al tenor literal de los preceptos de la Directiva 2000/78, considera que su ámbito de aplicación no queda circunscrito únicamente a las personas con discapacidad, sino que su prohibición de discriminación se extiende a los

⁶⁶ No podemos sino expresar nuestra disconformidad con el fallo, ya que en nuestra opinión el Tribunal realizó una lectura de la norma contraria al principio *pro personae*, en tanto en cuanto delimita el alcance de la protección de una forma que desfavorece notablemente a la demandante, lo cual contradice los principios esenciales de los Derechos Humanos; y si bien esta directiva no está centrada exclusivamente en la protección de los Derechos Humanos, sí que los afecta de forma tangencial, ya que su objeto está enmarcado dentro de un principio básico: El principio de igualdad, suelo sobre el que se cimenta todo el sistema de Derechos Humanos.

⁶⁷ Las cuatro cuestiones prejudiciales fueron: En primer lugar, “En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso?”, siendo la segunda, ligada con la anterior que “En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?”; la tercera hace referencia a si “Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”; y, por último, “Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”.

⁶⁸ Son diversos los artículos de la Directiva 2000/78 examinados a lo largo de toda la sentencia, de modo que si es un tema del interés del lector, recomendamos encarecidamente la lectura de la misma.

trabajadores que, como sucedía con la señora Coleman, tienen a su cargo hijos con discapacidad y por tanto, de forma indirecta, se ven afectados por ella⁶⁹.

Y, en segundo lugar, respecto de la otra cuestión prejudicial, se llega a la misma conclusión, es decir, que la prohibición de acoso de la Directiva 2000/78 no se ciñe únicamente al trabajador discapacitado, sino también a aquel trabajador que lo padece y puede demostrar que halla su raíz en la discapacidad de su hijo a cargo⁷⁰.

Como hemos podido comprobar, si bien las sentencias fallan de forma diversa (una favorable al demandante y la otra no), la labor de interpretación del TJUE no puede ser más concisa y clara, dilucidando, por una parte, el concepto de discapacidad y excluyendo de él las enfermedades que no afecten de forma definitiva al ciudadano europeo, y, por otro, el alcance de la prohibición de discriminación y la prohibición de acoso por razón de discapacidad; ambas interpretaciones, eso sí, a la luz de la Directiva 2000/78, la cual como hemos señalado *supra*, comportó la primera piedra para sentar las bases de la inclusión de las personas con discapacidad, y nada más y nada menos que en un ámbito tan fundamental como es el laboral.

En definitivas cuentas, y viendo las herramientas con las que cuenta la Unión Europea de cara a la inclusión de los discapacitados en todos los ámbitos sociales desde una perspectiva global, podemos aseverar, sin apenas margen de error, que su labor en esta materia ha tomado una senda que nada tiene que envidiar a la emprendida por el Consejo de Europa hace ya tantos años (casi sesenta); tal vez, una vez la Unión alcance tal cantidad de años, pueda sentirse orgullosa de su labor integradora. Por el momento, hemos de seguir atentos a su desarrollo, pues lo cierto es que en materia de derechos sociales, el nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales no es excesivamente halagüeño en tal sentido, pues: por una parte, se trata de una mera declaración solemne (de “soft-law”), sin valor vinculante⁷¹; y, por otra, presta una atención sectorial a las personas con discapacidad, en el ámbito laboral⁷², y una más amplia en el ámbito de la protección y la inclusión social⁷³.

2. El sistema interamericano de Derechos Humanos.

Habiendo analizado el sistema europeo de protección de derechos humanos en sus dos ámbitos –el Consejo de Europa y la Unión Europea–, procede realizar el examen del sistema interamericano, el cual nos resultará menor en extensión que el revisado con anterioridad, habida cuenta que reviste una menor complejidad al carecer de la dualidad que nos encontramos en las instituciones europeas.

Ya entrando en materia, efectuaremos el estudio del sistema interamericano siguiendo la estructura de los capítulos anteriores, es decir, partiremos por la revisión de los textos más

⁶⁹ Véase el párrafo 56 de la sentencia de 17.7.2008, asunto C-303/06, *S. Coleman y Attridge Law, Steve Law*.

⁷⁰ Véase el párrafo 63 de la sentencia de 17.7.2008, asunto C-303/06, *S. Coleman y Attridge Law, Steve Law*.

⁷¹ Se trata de una mera proclamación solemne efectuada por las instituciones de la UE el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia).

⁷² Según el objetivo 3 del texto oficial del Pilar: “Con independencia de su género, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, toda persona tiene derecho a la igualdad de trato y de oportunidades en relación con el empleo, la protección social, la educación y el acceso a bienes y servicios a disposición del público. Deberá fomentarse la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados”.

⁷³ El objetivo 17 del texto oficial del Pilar dice: “Las personas con discapacidad tienen derecho a una ayuda a la renta que garantice una vida digna, a servicios que les permitan participar en el mercado laboral y en la sociedad y a un entorno de trabajo adaptado a sus necesidades”.

amplios en materia de Derechos Humanos, para luego pasar al examen de instrumentos más específicos; para, finalmente, ocuparnos de la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho lo anterior, y sin más preámbulos, iniciemos la revisión del sistema interamericano de Derechos Humanos, que comenzará, como hemos indicado antes, por la revisión de sus textos más amplios.

2.1. El Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador y otros instrumentos genéricos sobre derechos humanos.

Tal como hemos esquematizado *supra*, partiremos por revisar los instrumentos más genéricos en materia de Derechos Humanos a nivel interamericano, en aras de comprobar si en su articulado encontramos alguna referencia a las personas con discapacidad; en este apartado, tendremos en consideración tres instrumentos de ámbito interamericano: Por un lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José); por otro, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (Protocolo de San Salvador) y, finalmente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (DADDH).

No obstante, y pese a que ello no es razón para no detenernos en su análisis, es importante advertir que de los tres instrumentos de los cuales nos ocuparemos a continuación, sólo uno de ellos dedica un artículo y algunos apartados de otros preceptos a las personas con discapacidad, mientras que otro las menciona de forma tangencial.

A) Pacto de San José:

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que fue firmada el 22 de noviembre de 1969 (San José, Costa Rica), y que entró en vigor casi diez años después (el 18 de julio de 1978), es el máximo instrumento en materia de Derechos Humanos en el sistema americano, pudiéndose entablar una equivalencia –con sus respectivos matices– con el Convenio Europeo de Derechos Humanos; y si en algo se asemejan ambos instrumentos es, precisamente, que a lo largo de sus artículos no existe referencia alguna a la discapacidad o a quienes la padecen.

En el caso de la CADH, que aquí nos ocupa, podemos encontrar una cláusula de igualdad conjunta a una prohibición de discriminación en su artículo 24, que textualmente señala: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. De esta manera, si interpretamos esta cláusula de igualdad y no discriminación de forma abierta, podemos incluir en ella a la población con discapacidad.

Por otro lado, y quizás en un ámbito más específico, el apartado 2, del artículo 23, dedicado a los derechos políticos, señala una serie de razones por las cuales una ley interna puede

delimitar el ejercicio de los derechos enunciados en el inciso 1 del mismo precepto⁷⁴, indicando entre ellas la “capacidad civil o mental”, lo que quizás, de una forma muy tangencial, viene a afectar al colectivo de las personas con discapacidad.

B) Protocolo de San Salvador:

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 17 de noviembre de 1998, es el primer instrumento jurídico del sistema interamericano que contempla de manera directa y expresa derechos sociales, y en comparación bien podría equipararse con la Carta Social Europea (aunque esta última, especialmente la revisada de 1996, sea mayor en su extensión y precisión). Así mismo, es el primer y único instrumento (de los tres que revisaremos) que incluye expresamente referencias a las personas con discapacidad.

Es su artículo 18, el cual consagra la protección del colectivo con discapacidad (aunque volvemos a encontrarnos con una crítica lingüística en su enunciado)⁷⁵; de igual modo, a lo largo de los cuatro incisos que contiene, encontramos imperativos destinados al fomento de su desarrollo personal y la inclusión social, en asuntos tales como las barreras arquitectónicas, la instrucción de las familias de las personas con discapacidad, programas específicos destinados precisamente a la consecución de su desarrollo personal, así como el incentivo de los Estados a la creación de organizaciones dedicadas a este colectivo.

Ya en ámbitos más concretos, tales como el laboral, encontramos el artículo 6, que en su apartado 2⁷⁶ formula una obligación para la inclusión laboral de los “minusválidos”; en materia de seguridad social; por su lado, el artículo 9 dispone, en su apartado 1, el derecho de las personas que sufran situaciones adversas (textualmente “vejez” e “incapacidad”) a acceder a una seguridad social que les permita llevar “una vida digna y decorosa”⁷⁷, ampliando el radio de esta protección incluso a los que son dependientes de ellos; y, finalmente, aunque no por ello menos importante, nos encontramos el artículo 13 relativo al derecho a la educación, que en su apartado 3, inciso E, preceptúa la obligación de los Estados de facilitar

⁷⁴ El mencionado inciso del artículo 23 estipula que: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

⁷⁵ Textualmente el enunciado del artículo 18 señala: “Toda persona afectada por una disminución de sus capacidades físicas o mentales tiene derecho a recibir una atención especial con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Con tal fin, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que sean necesarias para ese propósito y en especial a (...)”. Nos referíamos concretamente al empleo de la expresión “disminución de sus capacidades físicas o mentales”.

⁷⁶ Artículo 6: “(...) 2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

⁷⁷ “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

todos los medios posibles para un acceso a la educación adecuado a las personas con discapacidad⁷⁸.

Nos gustaría, sin embargo, realizar una crítica respecto de este precepto, el cual señala en su inciso E que: “se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos (...)”; en relación con esto, el hecho que se señale “una educación diferenciada” choca frontalmente con el espíritu integrador de la norma, lo que viene a ser un empleo del lenguaje nuevamente criticable y que examinaremos, como hemos reiterado ya antes, en el epígrafe de las conclusiones.

C) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH):

Es el primer texto en materia de Derechos Humanos y en el ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA), y aunque no la haya incluido en su Carta Fundacional, sí que la emplea como referencia jurídica; fue aprobada en Bogotá en 1948, por la 9ª Conferencia Internacional Americana. Pese a quedar superada por el Pacto de San José como máximo instrumento en materia de Derechos Humanos, la DADDH contiene en su articulado una referencia expresa a las personas con discapacidad (artículo 16), la cual nos puede resultar familiar pues es idéntica a la proclamación del artículo 9.1 del Protocolo de San Salvador analizado *supra*⁷⁹; de esta forma, y contrariamente a lo que sucede con la CADH, en este documento sí que encontramos una referencia a la “incapacidad” en el mencionado artículo, lo que supone una garantía de derechos incluso anterior a la CSE (recordemos que la versión original de ésta fue aprobada en 1961), aunque desde luego de forma mucho más abierta y sucinta, lo que no resta mérito al legislador americano que incluyó un precepto semejante en 1948.

Por otro lado, en un espectro mucho más amplio, el artículo II proclama el principio de igualdad ante la ley, sin que se pueda sufrir discriminación alguna; sirviéndonos de una interpretación idéntica que en casos anteriores, podemos sustraer que los casos de discapacidad se ven incluidos en este principio universal y básico⁸⁰.

De este modo terminamos el examen de los textos del sistema interamericano en materia de Derechos Humanos, pudiendo apreciar tras él que, por un lado, a grandes rasgos es similar al sistema europeo, pesándole incluso las mismas carencias (la falta de mención expresa en ambos Convenios de Derechos Humanos a las personas con discapacidad), y por otro, son los instrumentos referentes a Derechos Sociales (la CSE y el Protocolo de San Salvador) los encargados de consagrar y garantizar ciertos bloques de derechos respecto de este grupo. Por lo demás, en cuanto a la Declaración Americana de 1948, es cierto que nació como un instrumento de “soft-law” o Derecho programático, pero la interpretación de la Comisión

⁷⁸ Artículo 13: “(...) 3. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación: (...) e. se deberán establecer programas de enseñanza diferenciada para los minusválidos a fin de proporcionar una especial instrucción y formación a personas con impedimentos físicos o deficiencias mentales”.

⁷⁹ Concretamente el artículo 16 DADDH expresa: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

⁸⁰ Artículo II: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

interamericana y la importante tarea promotora de ésta le han dotado de un impacto innegable, incluso con respecto a los Estados que no han aceptado la Convención Americana de 1968 o el Protocolo de San Salvador de 1988 (como sucede en el caso de Estados Unidos)⁸¹.

2.2. Instrumentos específicos sobre personas con discapacidad de la Organización de Estados Americanos.

Vistos los documentos más genéricos en materia de Derechos Humanos, procederemos a realizar una revisión a los más específicos. No obstante, y antes de comenzar, se hace importante indicar que, tal como señala la profesora Bregaglio Lazarte, si bien la discapacidad es una problemática que ha tenido una regulación dispersa en el sistema interamericano, es igualmente cierto que no ha sido un ámbito del todo ignorado (basta con ver tanto el Protocolo de San Salvador y la DADDH reseñados *supra*)⁸².

Quizás no llegue al nivel alcanzado por el sistema europeo; sin embargo, hay que recordar que en Europa los esfuerzos son dobles, mientras que en el sistema interamericano el empeño está soportado por una única organización, la OEA, la cual ha de confrontar problemas de diversos grupos vulnerables, pese a lo cual, su labor no deja de estar desposeída de elogios. Una vez dicho esto, pasamos al objeto central de este apartado, la revisión de los instrumentos específicos en el seno de la OEA en materia de discapacidad.

A continuación, examinaremos dos convenciones interamericanas que de un modo u otro contemplan la discapacidad, estando una de ellas enteramente dedicada a esta materia. De sobra está decir que seguiremos el mismo patrón metodológico que en los apartados anteriores, de la norma más genérica a la más concreta.

A) Convención Interamericana Contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (CICFDI):

Dicha Convención fue adoptada en fecha 5 de junio de 2003 (en La Antigua, Guatemala). Se podría decir que tiene un carácter muy similar a la Directiva 2000/78 analizada a propósito de las normas a nivel de la Unión en materia de lucha contra la discriminación (*supra*), sólo que en este caso, y a diferencia de la norma comunitaria, la CICFDI no se ciñe únicamente al ámbito laboral, sino, y según lo dispuesto en su artículo 2, su ámbito de aplicación abarca todos los aspectos de la “vida pública y privada”⁸³. Así, estamos ante una norma que protege a las personas susceptibles de cualquier forma de discriminación e intolerancia en los ámbitos

⁸¹ Recordemos que, por este motivo (la fundamental tarea de promoción ejercida por la Comisión interamericana de derechos humanos), dicha Comisión no ha desaparecido, a diferencia de la Comisión europea de derechos humanos, que ejercía meras tareas procedimentales (admisibilidad y fondo) como paso previo al examen definitivo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁸² BREGAGLIO LAZARTE, R: “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención”, en *Derechos Humanos y Grupos Vulnerables* (Coords. Felipe Beltrao, Jane, y otros), Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2014, pp. 113-133.

⁸³ Artículo 2 de la Convención Interamericana contra todas las Formas de Discriminación e Intolerancia: “Todo ser humano es igual ante la ley y tiene derecho a igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia en cualquier ámbito de la vida pública o privada”.

privado y público, lo que a nuestro criterio convierte a esta Convención en un instrumento de lucha contra la discriminación todavía más eficaz que la Directiva 2000/78, delimitada concretamente al ámbito laboral.

Por otro lado, la inclusión de la discapacidad como razón de no discriminación viene preceptuada en el artículo 1, apartado 1⁸⁴, viéndose doblemente reforzada por el concepto de “condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”; finalmente, respecto de esta Convención, hemos de destacar el carácter innovador del párrafo 3 del artículo 1⁸⁵, el cual conceptualiza la “discriminación múltiple”, es decir, aquella que se ampara en dos o más razones para discriminar.

En realidad, el texto articulado recién reseñado es coherente con su Preámbulo, en donde hasta en dos ocasiones menciona explícitamente la discapacidad. Antes de ello, ya en el primer considerando recuerda los Estados Partes “que la dignidad inherente a toda persona humana y la igualdad entre los seres humanos son principios básicos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Tras lo cual, reconocen “la obligación de adoptar medidas en el ámbito nacional y regional para fomentar y estimular el respeto y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los individuos y grupos sometidos a su jurisdicción, sin distinción alguna por motivos de sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, *discapacidad*, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social”; y, a renglón seguido, los Estados Partes se muestran igualmente convencidos “que ciertas personas y grupos son objeto de formas múltiples o agravadas de discriminación e intolerancia motivadas por una combinación de factores como sexo, edad, orientación sexual, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición económica, condición de migrante, refugiado o desplazado, nacimiento, condición infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, *discapacidad*, sufrimiento psíquico incapacitante o cualquier otra condición social, así como otros reconocidos en instrumentos internacionales”.

En cuanto a los mecanismos de protección y seguimiento de dicha Convención, el artículo 15 prevé dos fundamentales: uno (apartado i) de carácter jurisdiccional para presentar

⁸⁴ Artículo 1, apartado 1, párrafo segundo: “(...) La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra”.

⁸⁵ Artículo 1, párrafo 3: “Discriminación múltiple o agravada es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción basada, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en el artículo 1.1 u otros reconocidos en instrumentos internacionales que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes, en cualquier ámbito de la vida pública o privada”.

peticiones individuales ante la Comisión interamericana de derechos humanos⁸⁶; el otro (apartado iv), más bien de promoción ante un Comité específico o *ad hoc*⁸⁷.

B) Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad (CIEDPD):

Fue aprobada el 7 de junio de 1999, y su entrada en vigor tuvo lugar el 14 de septiembre de 2001, lo que nos lleva a afirmar, sin margen de error, que fue el primer texto multilateral específico que versó sobre esta materia (recordemos que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU fue aprobada en 2006, y su entrada en vigor no fue sino hasta el 2007). Se hace importante señalar que una de las principales diferencias entre las dos convenciones es la conceptualización que hacen de la discapacidad, ya que mientras que la convención interamericana sitúa la discapacidad en el individuo, en su deficiencia física, la Convención de la ONU la hace surgir de la interacción entre la propia deficiencia y el entorno, “excluyendo” al individuo de la ecuación⁸⁸, no pudiendo decir con total certeza cuál de las dos apreciaciones es la más adecuada, si bien podemos afirmar que ambas son igualmente correctas.

Por lo demás, la Convención que aquí examinamos tiene por objetivos “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”⁸⁹, dejándose claro en su artículo 3, apartado 1, que las medidas propuestas a lo largo de la Convención no son un *numerus clausus*; medidas destinadas a la integración en materia de prestación de servicios y acceso a los bienes públicos y privados, así como la eliminación de barreras arquitectónicas públicas y en el transporte de cara a facilitar el uso de los ciudadanos con discapacidad libre e igual al resto de la población; por otro lado, se reseñan las áreas donde los Estados han de trabajar, áreas como la prevención, rehabilitación, tratamiento y detección temprana de discapacidades y la sensibilización en la materia.

⁸⁶ Según el apartado i) del artículo 15: “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la presente Convención por un Estado Parte”.

⁸⁷ A tenor de los apartados iv) y v) del artículo 15 “iv. Se establecerá un Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, el cual será conformado por un experto nombrado por cada Estado Parte quien ejercerá sus funciones en forma independiente y cuyo cometido será monitorear los compromisos asumidos en esta Convención. El Comité también se encargará de dar seguimiento a los compromisos asumidos por los Estados que sean parte de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. iv. El Comité será el foro para el intercambio de ideas y experiencias, así como para examinar el progreso realizado por los Estados Partes en la aplicación de la presente Convención y cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la misma. Dicho Comité podrá formular recomendaciones a los Estados Partes para que adopten las medidas del caso. A tales efectos, los Estados Partes se comprometen a presentar un informe al Comité dentro del año de haberse realizado la primera reunión, con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Convención. Los informes que presenten los Estados Partes al Comité deberán contener, además, datos y estadísticas desagregados de los grupos en condiciones de vulnerabilidad. De allí en adelante, los Estados Partes presentarán informes cada cuatro años. La Secretaría General de la OEA brindará al Comité el apoyo que requiera para el cumplimiento de sus funciones”.

⁸⁸ BREGAGLIO LAZARTE, R: “La incorporación, cit., p. 134.

⁸⁹ Así lo señala el Artículo 2 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

No obstante todo lo anterior, lo más destacado de la Convención viene en su artículo 5, el cual contempla la creación del Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CEDDIS), cuya primera reunión se celebró el 28 de febrero de 2007⁹⁰; según lo dispuesto en la Convención (artículo 5.3), los Estados presentarían un informe en esa primera reunión, informes que en adelante se presentarían cada cuatro años y que versarían sobre los avances que los Estados realizan respecto de la aplicación de la Convención, así como acerca de las complicaciones que pueden encontrar en esa materia⁹¹.

Como podemos apreciar, los avances en materia de discapacidad en el seno de la OEA nada tienen que envidiar a los que han tenido lugar en el sistema europeo ya que, aunque modestos, han sentado las bases de un sistema de protección en materia de discapacidad consolidado y que augura muchos más avances cara al futuro.

C) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 (Convención de Belem do Pará):

Ya a modo de cierre, nos gustaría introducir la perspectiva relacionada con la igual de género y, en este sentido, es menester comentar que en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (adoptada en 9 de junio de 1994), existe igualmente un artículo que hace referencia a las mujeres con discapacidad, siendo este el 9, precepto que consagra la obligación de los Estados a prestar atención a los casos de violencia contra mujeres en situación más vulnerables, citando, entre otras, la situación de discapacidad⁹². Esta Convención interamericana fue pionera en el ámbito de la protección de los derechos humanos, precediendo incluso, casi en dos décadas, al importante Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecha en Estambul el 11 de mayo de 2011.

La Convención de Belem do Pará prevé tres mecanismos interamericanos de protección, respectivamente en sus artículos 10, 11 y 12. En el primero (artículo 10) se establece que “con el propósito de proteger el derecho de la mujer a una vida libre de violencia, en los informes nacionales a la Comisión Interamericana de Mujeres, los Estados Partes deberán incluir información sobre las medidas adoptadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer, para asistir a la mujer afectada por la violencia, así como sobre las dificultades que observen en la aplicación de las mismas y los factores que contribuyan a la violencia contra la mujer”. A continuación, el artículo 11 prevé que “los Estados Partes en esta Convención y la Comisión Interamericana de Mujeres, podrán requerir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva sobre la interpretación de esta Convención”. En fin, según el artículo 12, “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental

⁹⁰ De acuerdo con el Artículo 5, párrafo 2, la primera reunión de este Comité se debía celebrar “dentro de los 90 días siguientes al depósito del décimo primer instrumento de ratificación”.

⁹¹ Véase la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Artículo 5 relativo al CEDDIS.

⁹² Artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer: “Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

2.3. La actividad de promoción de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de personas con discapacidad.

Una vez hemos visto los instrumentos normativos a nivel interamericano, y así como hicimos en el sistema europeo, ahora nos ocuparemos de revisar cómo tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) aplican los derechos y garantías plasmados en la normativa examinada, seleccionando lógicamente algunos pronunciamientos significativos en la materia que nos ocupa.

Comenzaremos por ocuparnos de una resolución emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); para ello examinaremos un informe emitido el 13 de abril de 1999.

Será objeto de nuestro análisis, por tanto, el informe 63/99, Caso 11.427, *Víctor Rosario Congo c. Ecuador*. Creemos que es necesario precisar que este caso fue revisado a la luz de las normas anteriores a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (que tal como comentamos *supra*, adquirió vigencia en septiembre de 201); en consecuencia, la interpretación de los hechos se formuló atendiendo a los estándares en la materia existentes en ese momento (tal como el Protocolo de San Salvador).

Dejando constancia de lo anterior, resumimos los hechos del caso: Víctor Rosario Congo, ciudadano ecuatoriano de 48 años, fue procesado por “robo y asalto”, y recluido en un centro penitenciario para presos comunes pese a que (no hay una plena seguridad en ello) al momento de la detención (el día 25 de julio de 1990) su comportamiento inducía a pensar que padecía algún tipo de trastorno mental, siendo más tarde internado en una celda de aislamiento (el 25 de septiembre de ese mismo año); según apuntan los indicios, durante su internamiento el señor Rosario Congo fue víctima de malos tratos (entre ellos una contusión de gravedad en el cráneo, producida por un carcelero el 14 de septiembre de 1990)⁹³.

Tras diversas diligencias, en octubre de 1990 el señor Rosario Congo fue trasladado a un centro psiquiátrico especializado y posteriormente a un hospital, donde falleció a las pocas horas. La CIDH consideró que el Estado de Ecuador era responsable del fallecimiento del señor Rosario Congo, como persona con discapacidad mental que era y que por tanto estaba bajo su guardia y custodia al estar internado en un centro penitenciario; así mismo, y en la línea de su discapacidad mental, se señaló que Ecuador tampoco había cumplido en velar por

⁹³ Véase el Informe 63/99 de 13 de abril de 1999, Caso 11.427, *Víctor Rosario Congo contra Ecuador*, párrafos 6 a 10, 12, 15, 18 y 19.

la integridad física del recluso, viéndose sometido a un trato inhumano y degradante, todavía más severo con razón de su discapacidad mental⁹⁴, el cual culminó con su fallecimiento.

En este caso concreto, desafortunadamente no contamos con un examen de los principios consagrados en las normas que hemos revisado *supra*, pero sí apreciamos un interés por parte de la CIDH por hacer velar la obligación de los Estados (en este caso Ecuador) de responsabilizarse frente a personas con discapacidad, la cual materializa en forma de una vulnerabilidad incrementada atendiendo la discapacidad mental de la víctima. Quedan realizadas, de tal modo, las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados para hacer efectivos los derechos fundamentales de las personas con discapacidad.

Una vez analizado el papel de la CIDH, nos corresponde pasar a la revisión de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para lo cual nos serviremos de la sentencia de 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes contra Brasil*, la cual está íntegramente dedicada a juzgar un asunto relativo a una persona con Discapacidad⁹⁵.

Damião Ximenes Lopes, una persona aquejada de una discapacidad mental, fue internado el 1 de octubre de 1999 en la casa de reposo Guararapes (centro psiquiátrico privado incluido en el Sistema Único de Salud, denominación que recibe en Brasil el sistema de sanidad público), falleciendo tres días después de su internamiento, el día 4 de octubre; según la demanda sometida por la CIDH, durante esos tres días de internamiento el señor Ximenes Lopes fue víctima de un trato inhumano y degradante, así como de malos tratos por parte de los trabajadores de la casa de reposo, que derivaron en su fallecimiento.

Además de lo anterior, la CIDH indica que el caso no fue ni siquiera objeto de una investigación. El Estado de Brasil reconoció tanto la vulneración del derecho a la vida como el de la integridad personal, así como también reconoció la precariedad del sistema sanitario que conllevó la muerte de la víctima y malos tratos a los que fue sometido durante su internamiento, y cómo tampoco realizó ningún tipo de investigación tras los hechos, reconocimiento que trajo una valoración positiva de la CIDH respecto de la actitud del Estado frente a su responsabilidad⁹⁶.

En primer lugar, y respecto del asunto objeto de nuestro estudio, de forma tangencial resulta interesante indicar que la Corte IDH considera que una persona en tratamiento reviste una mayor vulnerabilidad, y requiere de la protección del Estado, lo que podríamos encuadrar dentro de ese principio (vinculado de forma más o menos estrecha con la discapacidad) de garantizar la salud plena.

Por otra parte, y ya respecto de nuestro preciso objeto de estudio, la Corte IDH señala que los Estados, en materia de salud (y todavía más en el ámbito psiquiátrico), aun cuando hubiese delegado sus funciones en entidades privadas, no pueden desvincularse totalmente de su deber, viéndose obligados a asegurar (mediante los mecanismos necesarios) la correcta capacitación de dichos centros privados; en la línea anteriormente planteada, la Corte IDH

⁹⁴ Véase Informe 63/99 de 13 de abril de 1999, Caso 11.427, *Víctor Rosario Congo contra Ecuador*, párrafos 50, 54, 62, 65, 67, 68, 77, 78, 84 y 103.

⁹⁵ Nótese que en la sentencia que nos ocupa la CIDH jugó nuevamente un papel en pro de las personas con discapacidad apuntando a su vulnerabilidad; en ese sentido, se indica en el párrafo 3 de la sentencia de 4 de julio de 2006, que: “Agregó la Comisión que los hechos del presente caso se ven agravados por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad mental”.

⁹⁶ Véase la Sentencia de 4 de julio de 2006, *Caso Ximenes Lopes contra Brasil*, párrafo 63, 64, 66 y 67.

indica que “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos”, siendo imperativa también la adopción de normativa y mecanismos de protección por razón de las circunstancias específicas de los receptores de los Derechos, tal como es el caso de las personas con discapacidad.

Ahora bien, la Corte IDH va más allá en un loable ejercicio de interpretación sistemática de tratados integrantes, justamente, del sistema interamericano de derechos humanos, Con dicho enfoque, a propósito de las medidas positivas mencionadas anteriormente, recuerda el artículo 3 de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPD), señalando que, y como hemos reiterado a lo largo de nuestro escrito, existen condiciones que favorecen la generación de ciertas dolencias que pueden derivar, casi con toda probabilidad, en una discapacidad (especialmente las mentales), condiciones adversas como la pobreza o una salud deficiente; de esta manera, la Corte IDH recuerda al Estado de Brasil que el señor Ximenes Lopes fue víctima de estas condiciones, y que contraviniendo el mencionado precepto, el Estado no hizo nada en materia de prevención de discapacidades, que bien habría podido lograrse con medidas positivas que mejorasen las condiciones de vida de personas como la víctima.

De paso, recuerda la Corte la obligación de los Estados que han suscrito la CIEDPD (como Brasil) de promover la inclusión social de las personas con discapacidad, especialmente de las personas como el señor Ximenes Lopes con deficiencias psíquicas, quienes pueden sufrir una mayor discriminación, con especial atención en el ámbito laboral, lo que redundaría en un aumento de su pobreza e incrementa su precaria situación psíquica y vital. Por otra parte, y más estrechamente relacionado con el caso de las personas con una discapacidad física, los Estados tienen la obligación de prestar un mayor cuidado en lo que se refiere a los integrantes de instituciones mentales, quienes pueden abusar de su posición de poder frente a los internos, lo que conllevaría casos como el examinado en la sentencia.

Es interesante a este respecto la puntualización que la Corte IDH realiza respecto de las personas que padecen una discapacidad mental, sentenciando que “la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse”, de forma que las personas que la padecen deben gozar de una “presunción de que (...) son capaces de expresar su voluntad”, y por tanto, sólo una vez quede demostrada su incapacidad para consentir, se recurrirá a sus familiares o tutores legales para conseguir el consentimiento necesario para aplicar cualquier tratamiento psiquiátrico⁹⁷.

Como hemos podido apreciar, quizás más claramente en la sentencia de la Corte IDH, los esfuerzos del sistema interamericano de Derechos Humanos por garantizar los derechos de las personas con discapacidad no sólo se plasman en su derecho positivo, sino también en sus órganos de garantía; como decimos, tal vez lo hemos percibido más claramente en la sentencia, ello significa que ambos órganos (CIDH y la Corte IDH) están llamados a cumplir con el desempeño que se espera de ellos de cara a hacer valer y ejecutar la voluntad expresada en sus normas, así como el espíritu de las mismas, que no es otro que el respeto y la integración social de las personas con discapacidad.

⁹⁷ Véanse los párrafos 89, 102, 103, 104, 105, 108, 128, 129, 130, 132, 138, 139, 141, de la sentencia de 4 de julio de 2006, *caso Ximenes Lopes contra Brasil*.

IV. IMPACTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES EN EL ÁMBITO NACIONAL.

A lo largo de los dos capítulos anteriores hemos abordado la problemática de la discapacidad, primero desde una perspectiva universal mediante la revisión de la labor de las Naciones Unidas, para luego, en segundo lugar, reducir el fotograma y centrarnos en los sistemas regionales europeo y americano. Siguiendo el orden anterior (desde un prisma universal a uno regional), ahora procede que nos ocupemos de un ámbito más reducido: El nacional.

De este modo, en los apartados siguientes examinaremos en qué forma los Estados afrontan la problemática de la discapacidad a nivel interno, para lo que realizaremos en primer término una comparativa constitucional entre cierto número de países americanos y otros tantos europeos⁹⁸, para luego centrar nuestra atención en la revisión de la aplicación de los tratados internacionales en el ámbito interno, con especial atención en el caso español.

1. El reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad en el marco constitucional comparado americano y europeo.

1.1. Ejemplos de Constituciones latinoamericanas: Chile y los cuatro países de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú).

Comenzaremos por la revisión de las Constituciones de cinco países latinoamericanos, tal como lo reseña el título: Chile, Perú, Bolivia, Ecuador y Colombia. A través del repaso de estas cinco Constituciones, comprobaremos si estos países recogen algún tipo de disposición respecto de las personas con discapacidad, bien sea incluyéndolas dentro de las prohibiciones de no discriminación o de sus principios de igualdad, o tal vez, en el mejor de los casos, dedicándole algún precepto concreto.

A) Constitución Política del Estado (Bolivia):

Fue ratificada el 25 de enero de 2009 mediante referéndum popular, y promulgada el 27 de febrero del mismo año, siendo el decimoséptimo documento constitucional de su historia; tiene un total de 411 artículos, repartidos en cinco Partes, que a su vez están conformadas por Títulos, Capítulos y, en su caso, Secciones.

Es en la Primera parte, que lleva por rúbrica “Bases Fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”, en su Capítulo II (“Principios, valores y fines del Estado”), donde encontramos una primera aproximación al principio de igualdad y no discriminación, hallándolo concretamente en su artículo 8.II, donde se consagra, como valor sobre el cual se sustenta el Estado, el principio de “igualdad de oportunidades”⁹⁹; así mismo, en su artículo

⁹⁸ La elección de los Estados objeto de nuestro análisis fue sencilla: Por un lado, para los Estados europeos, centramos nuestro foco en España y los países fronterizos con él, y por otro, para los Estados americanos, fueron escogidos Chile, por una cuestión meramente personal, y los países de la Comunidad Andina por su proximidad entre ellos.

⁹⁹ Textualmente el artículo establece: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades (...)”.

9, dedicado a los “fines y funciones esenciales del Estado”, encontramos consagrado en su párrafo 5 el derecho a la accesibilidad de todas las personas a “la educación, la salud y el trabajo”¹⁰⁰.

Sin embargo, en su Título II, que tiene por enunciado “Derecho fundamentales y garantías”, Capítulo I (“Disposiciones generales”), vemos materializado en su artículo 14 el principio de no discriminación, señalando expresamente, entre todas las circunstancias enumeradas a la “discapacidad”, lo que a nuestro criterio hace de este instrumento nacional una auténtica declaración de inclusión e integración de las personas con discapacidad; aunque la realidad en la práctica sea radicalmente opuesta, ya que cuenta con únicamente una norma en materia de discapacidad¹⁰¹.

De esta manera, vemos cómo, al menos en esta Constitución, se consagran los principios y valores básicos, regionales y universales que han sido objeto de nuestro examen *supra*, pues al incluir a la “discapacidad” dentro del conjunto de circunstancias cuya discriminación se prohíbe, Bolivia está dando los primeros pasos a la integración de este colectivo, objetivo fundamental del empeño internacional respecto de las personas con discapacidad, pese a que, como hemos indicado antes, los avances en la materia no sean demasiados.

B) Constitución Política de la República (Chile):

Aprobada el 8 de agosto de 1980, ratificada por plebiscito el 11 de septiembre y promulgada el 21 de octubre de ese mismo año, y se encuentra en vigor desde el 11 de marzo de 1981; son dos las cuestiones que nos gustaría destacar respecto de este instrumento constitucional: En primer lugar, nótese que su aprobación, ratificación, promulgación y entrada en vigor se produjo en el contexto del régimen militar de Augusto Pinochet (1973-1989); y, en segundo lugar, desde su entrada en vigor en 1981, el texto ha sufrido hasta veinte reformas, siendo la primera de 1989 y la más reciente en 2017, conformando desde entonces un texto con 133 artículos y 15 Capítulos.

Entrando en materia, nos gustaría comentar que en el texto constitucional chileno no existe ninguna referencia expresa a la discapacidad, de forma que tal como hemos hecho en situaciones similares con anterioridad, nos ceñiremos al carácter de los artículos que pueden resultar de interés para nuestro estudio.

En primer lugar encontramos, ya en su artículo 1, una declaración que puede ajustarse a los estándares de integración de las personas con discapacidad exigidos por la normativa convencional que hemos visto a nivel regional e internacional; en el precepto se enuncia que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”; sin embargo, no es sino hasta los incisos cuarto y quinto del mismo precepto¹⁰², donde podemos apreciar, de forma

¹⁰⁰ El artículo noveno señala: “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: (...) 5. “Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo”.

¹⁰¹ El 2 de marzo se aprobó la Ley núm. 223, Ley General para Personas con Discapacidad, señalándose en su Artículo 1 que tiene por objeto: “garantizar a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno de sus derechos y deberes en igualdad de condiciones y equiparación de oportunidades, trato preferente bajo un sistema de protección integral”.

¹⁰² Artículo 1, cuarto inciso: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los

inequívoca, una voluntad plena del Estado de fomentar la integración y la participación de todos en “igualdad de oportunidades”, lo que conlleva, aunque sea mediando la vía de la interpretación, que este instrumento se ajusta a los criterios marcados por los textos convencionales en materia social (que como vimos en su caso, constituyen el máximo instrumento para la consecución de la inclusión social de la población con discapacidad).

Y, en segundo lugar, creemos que son de nuestra atención, aunque tengan una redacción breve y aparentemente idéntica, los párrafos 2º y 3º del artículo 19¹⁰³. En ambos párrafos podemos ver un interés del legislador chileno por garantizar el derecho de la igualdad ante la ley, y pese a que la redacción de los dos apartados pueda parecer reiterativa, no lo es: Por una parte, en el 2º se proclama la igualdad ante la ley sobre la base de una posible discriminación, es decir, se estipula que no existe “persona ni grupo privilegiado” que merezca más o menos atención por parte de la ley, iguala a todos los colectivos sociales ante ella; mientras que la redacción del 3º párrafo garantiza la igualdad ante la ley en el ejercicio de los derechos de esos grupos proclamados como iguales en el inciso anterior.

De forma que el colectivo de las personas con discapacidad, de acuerdo con estos apartados, y mediante una lectura conjunta de ambos, no sólo es situado al mismo nivel que el resto de grupos sociales, sino que el ejercicio de sus derechos será protegido en igualdad con los demás colectivos con los que fue igualado por el inciso anterior.

No obstante, con apoyo en esta argumentación extremadamente interpretativa que hemos realizado, no es casualidad que en el Estado chileno no exista más que una norma en materia de discapacidad, y no fue sino hasta el 10 de febrero de 2010 cuando se aprobó la Ley 20.422 que Establece Normas sobre Igualdad de Oportunidades e Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, que en conjunto con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, venía a conformar el marco legal de protección de este colectivo¹⁰⁴.

C) Constitución Política de la República de Colombia (Colombia):

Fue promulgada el 4 de julio de 1991, contando con veintiséis años de vigencia; nos gustaría comentar que es conocida como la *Constitución de los Derechos Humanos*, y consta de un Preámbulo y 13 Títulos.

La primera apreciación que nos encontramos del colectivo de las personas con discapacidad, tal vez de una forma no tan interpretativa como en el caso de la Constitución anterior, pero sí muy concreta y sólo a modo de referencia, la hallamos en el artículo 13, dentro de su Título II, Capítulo I que lleva por rúbrica “De los derechos fundamentales”, y el precepto consagra la prohibición de cualquier forma de discriminación y proclama el principio de igualdad¹⁰⁵.

derechos y garantías que esta Constitución establece”. Inciso quinto: “Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”.

¹⁰³ Artículo 19: 2º. “La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley”. 3º. “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

¹⁰⁴ No se trata de una ley meramente dispositiva, ya que incluye en su texto situaciones concretas en diversas materias, incluyendo el pago de aranceles especiales para los materiales necesarios para cubrir sus necesidades.

¹⁰⁵ El artículo 13, inciso primero indica: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna

De este modo, volvemos a encontrarnos con este valor supremo que está presente, de forma universal en todos los instrumentos constitucionales.

Mención merece el segundo inciso de este artículo que impera: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”, lo que estrecha todavía más el espectro y vincula más este principio a las personas con discapacidad, que bien pueden verse incluidos dentro de los llamados “grupos discriminados o marginados”; y a continuación, en el mismo precepto, encontramos otro imperativo, el cual sí que hace mención a grupos vulnerables por razón de condición física o mental, lo que es una clara referencia al grupo que nos ocupa¹⁰⁶.

Como vemos, aunque no sea el mismo caso de la Constitución de la República de Chile, la Constitución de la República de Colombia da una protección ajustada a los principios esenciales del Derecho, aunque con los incisos segundo y tercero, y esa referencia a los grupos susceptibles de discriminación, o las personas más vulnerables por razón de condiciones físicas o mentales más desfavorables, podemos decir que el marco de protección que ofrece es más concreto que el otorgado por la carta magna chilena.

Aun y todo lo anterior, se reitera una vez más lo ocurrido en los casos anteriores, encontrándonos sólo una ley respecto de las personas con discapacidad: Ley Estatutaria 1618, de 27 de febrero de 2013, por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad¹⁰⁷.

D) Constitución de la República del Ecuador (Ecuador):

Fue aprobada el 24 de julio de 2008, ratificada por referéndum el 28 de septiembre y en vigor desde el 20 de octubre de ese mismo año; nótese que esta Constitución reemplaza a la Constitución Política de 1998; consta de 440 artículos y 9 Títulos, con una parte dogmática (que contiene las garantías y libertades) y la orgánica (ocupada de organizar la estructura del Estado), y desde su entrada en vigor ha sufrido dos reformas (2011 y 2014) y una enmienda (2015), aunque ninguna de ellas atañe a la materia que nos ocupa.

Así como en el examen de la Constitución de Chile advertimos, antes que nada, que no existía precepto que hiciera referencia alguna a las personas con discapacidad, ahora deseamos dejar constancia que en esta Constitución, no es que se dedique una mención a las personas con discapacidad, sino que este colectivo cuenta con su apartado concreto: Título II “Derechos”, Capítulo III “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, Sección VI “Personas con discapacidad”.

discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”.

¹⁰⁶ Este precepto recuerda la cláusula de igualdad real y efectiva, sustancial o material, establecida en el artículo 9.2 de la Constitución Española 1978, que a su vez se inspiró en el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1947.

¹⁰⁷ Los objetivos de la norma vienen especificados en su artículo 1: “El objeto de la presente ley es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”.

Sin embargo, y antes de centrarnos en la Sección antes mencionada, creemos que es igualmente importante dedicar nuestra atención a otros preceptos que, como sucedía en las Constituciones anteriores, plasman de algún modo el principio de igualdad y no discriminación, piedra angular para la defensa de la inclusión del colectivo de las personas con discapacidad, cuestión que ha quedado clara desde los comienzos de nuestro escrito (con el examen de la proclamación del artículo 7 de la DUDH).

En esta línea, nos encontramos con el artículo 3, apartado 1, el cual proclama como deber del Estado ecuatoriano garantizar el goce de los derechos y libertades consagrados en la Constitución “sin discriminación alguna”; vemos, por primera vez, como el legislador no enumera un listado de circunstancias, sino que indica de forma sucinta que no habrá “discriminación alguna” en el disfrute de los derechos, lo que se puede traducir en una declaración de no discriminación por razón de raza, sexo, ideología, credo, condición social, orientación sexual..., o discapacidad, incluidos todos ellos en esa terminología clara y concisa¹⁰⁸.

No obstante, y no conforme con ello, el legislador opta por ampliar el radio de esta garantía constitucional y expande su ámbito de aplicación a “los instrumentos internacionales”, de forma que los ciudadanos ecuatorianos pueden ver garantizados sus derechos sin discriminación tanto a nivel interno como universal. *Exempli gratia*: En el caso de las personas con discapacidad, podrían perfectamente invocar la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y los derechos en ella proclamados (aunque esta materia concreta será objeto de nuestro examen en el apartado siguiente).

Por otro lado, encontramos los principios por los cuales se regirá el ejercicio de los derechos (artículo 11), con especial atención a su párrafo 2 que preceptúa: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. Nuevamente, y como hemos visto antes, hallamos el principio de igualdad que, en este caso, amplía su espectro e incluye también los “deberes y oportunidades”. A continuación, y en el mismo apartado, encontramos ya no una proclamación del principio de igualdad, sino una expresa prohibición de discriminación que, y a diferencia de la primera contenida en el artículo 3.1, sí que ofrece un listado de circunstancias, entre las cuales encontramos, ya por vez primera en esta Constitución, a la discapacidad, añadiéndose incluso “diferencia física”, lo que refuerza todavía más su noción¹⁰⁹.

Mención especial merece, así mismo, el artículo 16, que versa sobre el derecho al acceso a la comunicación, y que en su apartado 4 estipula: “El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad”. Nuevamente la Constitución ecuatoriana demuestra un compromiso pleno por la integración del colectivo de las personas con discapacidad, incluyéndolo dentro de un

¹⁰⁸ Artículo 3, párrafo 1 de la Constitución del Estado del Ecuador: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

¹⁰⁹ Artículo 11.2: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

derecho que es tan novedoso como imprescindible en nuestros días: El pleno acceso a las plataformas de comunicación.

Llegamos así al Título II, mencionado *supra*, que se ocupa de los grupos más vulnerables; ya en el artículo 35 vemos consagrado un compromiso del Estado en pos de velar por la protección de estos grupos (personas mayores, niños y niñas, mujeres embarazadas y como no, discapacitados), y prestando, todavía más cuidado, a las víctimas de doble vulneración¹¹⁰.

En la Sección VI, que abarca los artículos 47, 48 y 49, se da especial atención a las personas con discapacidad; a lo largo de los tres preceptos el legislador constituyente, y no de forma casual, va enumerando las distintas áreas donde el Estado debe esforzarse para la inclusión de este colectivo, así como la prevención y rehabilitación de las distintas discapacidades; se le reconocen derechos tales como el acceso a la sanidad pública (contemplándose la concesión gratuita de medicamentos), a la rehabilitación integral y técnica, exenciones en materia fiscal, precios ajustados en el acceso al transporte y en el ocio, acciones en materia de políticas laborales, de vivienda, en materia de educación (con especial cuidado en las barreras arquitectónicas de los centros educativos y en centros especializados de personas con discapacidad psíquicas), acceso a los bienes y servicios, así como a sistemas de comunicación adaptados a las necesidades de cada discapacidad (lengua de signos, sistema braille, etc.).

En el artículo 48 se consagra el deber del Estado de promoción e integración social de las personas con discapacidad, mediante programas y medidas legislativas positivas que lleven a la consecución de estas obligaciones. Y, finalmente, en el artículo 49 se plasma el apoyo del Estado dirigido a las familias que tengan a su cargo personas con discapacidad.

Como vemos, la Constitución de Ecuador es quizás el instrumento más completo, cuando menos en el plano formal, en materia de personas con discapacidad (de los que serán objeto de nuestro examen), consagrando de forma efectiva todos los principios perseguidos por el ámbito regional y universal en nuestro campo de estudio¹¹¹.

El hecho que la Constitución sea de 2008, no ha influido para que Ecuador dé grandes pasos en la materia de la discapacidad; el 25 de septiembre de 2012 aprobó la Ley Orgánica de Discapacidades, la cual tiene un ámbito de aplicación expresamente amplio, ya que no sólo protege a las personas con discapacidad, sino incluso a sus familiares, a los cónyuges, y a otras personas que puedan tener a su cargo personas con discapacidad¹¹².

¹¹⁰ “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. Artículo 35, del Título II de la Constitución de la República del Ecuador.

¹¹¹ Véase el Título II, Capítulo III, Sección VI, Artículos 47, 48 y 49 de la Constitución de la República del Ecuador.

¹¹² Esto bien puede recordarnos a la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizó del ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78 en la sentencia de 17.7.2008, asunto C-303/06, *S. Coleman y Attridge Law, Steve Law* examinada ulteriormente en el apartado dedicado al sistema de la Unión Europea.

E) Constitución Política del Perú (Perú):

Fue promulgada el 29 de diciembre de 1993, y entró en vigencia el 1 de enero de 1994; se trata del duodécimo texto constitucional en este país, y uno de los de mayor vigencia. Fue aprobada durante el gobierno de Alberto Fujimori, aunque su firma fue finalmente eliminada en el 2001. Esta constitución ha sufrido hasta un total de nueve reformas, siendo la última este mismo año. Cuenta con un Preámbulo, 206 artículos agrupados en 6 Títulos y una Declaración.

Vemos, como en los casos anteriores, consagrado el principio de igualdad en el artículo 2, párrafo 2, que declara: “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, y aunque este principio ha sido objeto de examen con anterioridad, no está de más decir que el listado de circunstancias es significativamente más corto que en textos anteriores, aunque bien pueden verse bajo su amparo otras razones en la expresión “cualquiera otra índole”.

Encontramos, no obstante, una referencia clara a las personas con discapacidad en el artículo 7, donde está consagrado el derecho a la salud, brindándose especial consideración a las personas que se ven incapacitadas para velar por sí mismas “a causa de una deficiencia física o mental”; nótese que la terminología, si bien no es en exceso acertada, emplea el término “deficiencia”, algo que, sin llegar a ser del todo políticamente correcto, no resulta del todo inapropiado.

Finalmente, la última referencia que encontramos en este texto constitucional al colectivo de los discapacitados, la hallamos en su artículo 23, dedicado a la obligación del Estado a velar por los trabajadores, dedicando un detenido cuidado a “la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”. Aquí sí que hemos de formular una consideración especial al vocabulario empleado, que en todo caso no empaña la voluntad del legislador peruano de proteger a este colectivo en una situación tan problemática como es la laboral.

Nos gustaría destacar el particular caso del Estado de Perú respecto a la materia de personas con discapacidad, pues si bien no la incorpora en su Constitución de un modo fuertemente expreso, sí que la ha regulado en diversas leyes; cuestiones tales como el reconocimiento de la lengua de signos, el empleo de perros lazarillos, el acceso a internet, entre otras, así como dos normas en materia específica de los miembros de las fuerzas armadas con discapacidad y otra relativa a sus familias¹¹³.

Con esto, damos por finalizado el análisis de los textos constitucionales del ámbito americano; como podemos ver, todas las Constituciones –de un modo u otro– protegen los derechos de las personas con discapacidad, aunque especial consideración nos merecen la chilena y la ecuatoriana: La primera de ellas por razón de no mencionar, ni siquiera de forma análoga (como sucede con la colombiana) a las personas con discapacidad; y la segunda, por

¹¹³ Podemos citar, entre otras, la Ley N° 29535 por la que se Otorga Reconocimiento a la Lengua de Señas Peruana, la Ley N° 29643 por la que se Otorga Protección al Personal con Discapacidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, la Ley N° 29487 por la que se Otorga Prestaciones de Salud Gratuitas al Personal con Discapacidad de las Fuerzas Armadas y a sus Familiares Directos, la Ley N° 29524 por la que se Reconoce la Sordoceguera como Discapacidad Única y Establece Disposiciones para la Atención de Personas Sordociegas, la Ley N° 29830 por la que se Promueve y Regula el Uso de Perros Guía por Personas con Discapacidad Visual, así como la Ley N° 29973 titulada como Ley General de la Persona con Discapacidad.

su buen desempeño a la hora de plasmar de un modo minucioso y ajustado a los estándares internacionales, la problemática de la discapacidad.

1.2. Ejemplos de Constituciones europeas: España y los tres países vecinos (Francia, Italia y Portugal).

A continuación, siguiendo con este esquema comparativo constitucional y regional, procede nuestro examen de Constituciones europeas, que tal como se enuncia en el título del apartado, estudiará las constituciones de España, Francia, Italia y Portugal.

Antes de comenzar nos gustaría señalar, sin ánimo de adelantar nuestras conclusiones, que, y a diferencia de lo sucedido en las Constituciones latinoamericanas, en los ejemplos de los que aquí nos servimos, sólo dos de las cuatro contemplan en sus ordenamientos la problemática de la discapacidad, lo que en cualquier caso no es garantía (como veremos en los epígrafes posteriores) de una política en materia de discapacidad adecuada; de hecho, sólo España posee una legislación apropiada en este campo. Pero como decimos, no precipitaremos un tema del cual nos ocuparemos de forma detenida más adelante.

A) Constitución Española (España):

Fue aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada el 6 de diciembre por referéndum, y entró en vigor el 29 de diciembre del mismo año; su redacción se debe a “los Padres de la Constitución” (esto es, los ponentes constitucionales), y fue la materialización definitiva del proceso de la Transición democrática, lo que conllevó cerrar definitivamente el capítulo del régimen dictatorial de Francisco Franco e iniciar una etapa de democracia y Estado social.

Cuenta con un Preámbulo, 169 Artículos, repartidos en 10 Títulos, además de 9 disposiciones transitorias, cuatro disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y una disposición final, todo ello la convierte en la segunda constitución más extensa del constitucionalismo español, sólo por detrás de la Constitución de Cádiz de 1812. La Constitución de 1978 sólo ha sido modificada hasta la fecha en dos ocasiones, una en 1992 (el artículo 13.2) para propiciar el sufragio pasivo (además del activo) en las elecciones municipales de extranjeros (por mandato del Tratado de Maastricht de la Unión Europea de 1992 para favorecer la participación de los extranjeros comunitarios europeos); la otra en 2011 para recoger el principio de equilibrio presupuestario, también bajo condicionamiento de la política económica de la Unión Europea.

Respecto del tema que nos ocupa, y como ha sucedido anteriormente, comenzaremos por ver los artículos que consagran el principio de igualdad, que en este caso lo podemos encontrar en el artículo 1 (como valor superior), que proclama a España como un Estado “social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, de forma que el principio de igualdad no queda integrado en el Estado como parte de su ordenamiento, sino que el ordenamiento jurídico queda subordinado al cumplimiento de este valor superior, lo que, llevado al ámbito de la discapacidad, sienta las bases para una legislación que ampare y garantice la igualdad y la integración del colectivo objeto de nuestro estudio.

No obstante, y ya respecto del principio de igualdad y no discriminación que hemos revisado en anteriores textos constitucionales, este lo podemos ver consagrado como derecho fundamentales en el artículo 14, en su Título I que lleva por rúbrica “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, Capítulo II “Derechos y Libertades”, y en el cual se preceptúa que: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por añadidura, debe tenerse presente la conocida como “cláusula de progreso social”, o de igualdad real, efectiva, sustancial o material del artículo 9.2, anteriormente mencionado; sin olvidar tampoco la competencia del Estado para procurar la igualdad básica en todo el territorio nacional, con los mismos derechos y obligaciones (artículos 139 y 149.1.^a); por tanto, en este ámbito de la igualdad, y en el concreto de las personas con discapacidad, tiene influencia el reparto competencial, pues en lo básico actúa el Estado (de ahí la legislación estatal sobre personas con discapacidad) y las Comunidades Autónomas regulan o concretan esos aspectos básicos (y de ahí deriva la legislación autonómica sobre personas con discapacidad).

Dicho lo precedente, del mismo modo que hemos hecho anteriormente, por analogía incluimos a las personas con discapacidad dentro de la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal” del artículo 14.

En cualquier caso, junto a los preceptos constitucionales revisados hasta ahora, la Constitución Española dedica un artículo concreto a las personas con discapacidad, incluido dentro del Capítulo III destinado a “los principios rectores de la política social y económica”; nos referimos al artículo 49¹¹⁴, sobre el cual formularemos un examen quizás un poco más detenido, por cuanto afecta especialmente a los ciudadanos españoles con discapacidad, y ello a la luz de las consideraciones que realiza el profesor Jimena Quesada del precepto constitucional¹¹⁵.

En primer lugar, es importante señalar el empleo del término “otorga”, es decir, el constitucionalista español por primera y única vez utiliza dicha terminología referida a un colectivo; esto es, aunque no haya sido esa su intención, que no le reconoce derechos propios a las personas con discapacidad, sino que a través de esta proclamación les está “otorgando” los derechos que para todos los ciudadanos se consagraron en el texto constitucional, excluyéndolos (ya decimos de forma no intencional) del conjunto de ciudadanos implícitamente integrados en los preceptos hasta entonces estipulados¹¹⁶.

Por otro lado, y en esta línea de consideraciones, cabe hacer alusión al término “amparán”, que en ningún caso debe entenderse como una proclamación de un amparo especial jurídico en juzgados y tribunales (mediante recursos concretos para las personas con discapacidad), sino en el ámbito de acciones positivas llevadas a cabo por el legislador que garanticen el

¹¹⁴ Título I, Capítulo III, Artículo 49 de la Constitución española: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

¹¹⁵ Consideraciones extraídas de JIMENA QUESADA, L.: “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en ESCOBAR ROCA, G. (Dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1389-1481.

¹¹⁶ JIMENA QUESADA, L.: “El derecho”, cit., este respecto el profesor Jimena señala que se puede realizar una reconstrucción “de ese estatuto prefigurado en el art. 49 por la vía de conexión de derechos a través de la igualdad (material y formal de los artículos 9.2 y 14 CE, respectivamente) y de otros principios rectores de la política social y económica (artículos 40.2, 21 y 43 de la Carta Magna), sin olvidar los cánones internacionales” (p. 1394).

goce y disfrute de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos (recordemos el principio de igualdad del artículo 14 y su transversalidad o su caracterización doctrinal como derecho “conexo” o “interrelacional”).

Aunque de ello hablaremos con más detenimiento en las conclusiones (tal como venimos advirtiendo), y continuando en esta línea de análisis compartida y propuesta por el profesor Jimena Quesada, mención especial nos merece el uso del término “disminuidos” empleado por el constitucionalista español de 1978 para hacer referencia a las personas con discapacidad; si bien podemos hallar la justificación del uso de semejante calificativo en el contexto en el cual fue redactado (basándose quizás en la terminología empleada por la CSE de 19619, no es menos cierto que este año (2018) se cumplen cuarenta años de la Constitución de 1978, y si bien una reforma constitucional debe contemplar podría contemplar o no todo un paquete (no se moverá toda la maquinaria empleada en una reforma sólo por un término), sería interesante que en las distintas reformas planteadas se considerase sustituir el término “disminuidos” por, si se quiere, “discapacitados” o “minusválidos”, lo que vendría a significar una actualización terminológica ajustada a los estándares demandados por las normativas europeas e internacionales actuales en materia de discapacidad. Y mejor aún sería que se acogiera directamente la terminología de la Convención universal de la ONU, hablando directamente de “personas con discapacidad”.

En fin, sea como fuere, la Constitución española obliga al Estado a promover e impulsar actuaciones positivas en materia de integración e inclusión de las personas con discapacidad, y con respecto a esta exigencia España ha cumplido sin reservas (recordemos, si no, el informe del Comisario Europeo para los Derechos Humanos de 2013).

Dicho lo anterior, dos son las normas que podemos citar de desarrollo legislativo de los mandatos constitucionales: una, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social¹¹⁷, y en segundo lugar, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Creo que pese a la desacertada terminología empleada por el constitucionalista de 1978 en la redacción del artículo 49, el legislador español ha sabido interpretar dicho mandato en la línea correcta, cumpliendo con el mandato de “amparar” a este colectivo, configurando un marco normativo que, con los principios Constitucionales a la cabeza (igualdad e inclusión social, así como autonomía), conforma un triángulo que ofrece una cobertura plena a las personas con discapacidad.

B) Constitución Francesa (Francia):

¹¹⁷ Este texto venía a unificar las grandes leyes españolas en materia de discapacidad; por un lado, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, por otro, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y, finalmente, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Fue adoptada el 28 de septiembre de 1958 vía referéndum, y con ella se inicia la Quinta República; se trata del decimoquinto texto constitucional francés, aunque ello sólo si no excluimos aquellos que no llegaron a ser aplicados. Se compone de un Preámbulo, 16 Títulos, en los cuales se recogen 103 artículos, siendo dos de estas disposiciones transitorias; es quizás reseñable que en el Preámbulo se haga referencia expresa a otros cuatro textos revestidos de fuerza constitucional: La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946 (La Constitución de la Cuarta República) y la Carta del Medioambiente de 2004.

Señalaremos, sin más consideraciones, que la Constitución francesa es una de las dos Constituciones –de las cuatro que conformarán nuestro examen– que no tiene referencia alguna a las personas con discapacidad, dedicando sólo uno de todos sus artículos a recoger una escueta proclamación de igualdad¹¹⁸, la cual ni siquiera se presta a la interpretación respecto del ámbito que nos ocupa.

No es de extrañar, y tal como comentamos a propósito de la revisión de la Decisión de Fondo de 2003 del Comité Europeo de Derechos Humanos, que su legislación en materia de discapacidad, así como su despreocupada atención a este colectivo, hayan sido objeto de reproche por el Comité; no en vano, en su Carta magna, que se supone ha de ser el sustento sobre el cual reposa todo su ordenamiento, no haya ninguna referencia expresa a un principio de igualdad siquiera semejante al de las Constituciones hasta ahora revisadas.

Quizás, tal y como hemos indicado en la introducción del documento, al hallar su base sobre la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, el constitucionalista francés no considera oportuno hacer ningún otro tipo de referencia en materia de Derechos fundamentales, algo que, y siempre a nuestro criterio, desmerece mucho al constitucionalismo francés, ejemplo de los principios sociales contemporáneos, sin perjuicio del desarrollo legislativo: en este sentido, la última norma importante es la Ley nº 2005-102, de 11 de febrero de 2005, para la igualdad de derechos y de oportunidades, la participación y la ciudadanía de las personas con discapacidad. Como vemos, incluso en el enunciado pone el acento en la inclusión y autonomía de las personas con discapacidad.

C) Constitución de la República Italiana (Italia):

Fue aprobada el 22 de diciembre de 1947, promulgada el 27 de diciembre de ese mismo año, y entró en vigor el 1 de enero de 1948. Contiene 139 artículos y 18 disposiciones, repartidos a lo largo de cuatro partes, y en su artículo 1 proclama a Italia como una “República democrática fundada en el trabajo”.

A diferencia del ejemplo anterior (Francia) la Constitución italiana sí dispone de un precepto declarativo del principio de igualdad el cual, por cierto, reviste un carácter en extremo concreto, siendo este el artículo 3, el cual dispone que: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión,

¹¹⁸ Artículo 1 de la Constitución Francesa de 1958: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada. La ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales”.

opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales”, de forma que las personas con discapacidad hallan aquí un primer amparo constitucional, bajo la premisa de “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de (...) circunstancias personales”.

Ahora bien, además de esa proclamación de igualdad formal o jurídica, como ya se avanzó, el segundo inciso del artículo 3 fue especialmente innovador al consagrar la igualdad real y efectiva (luego retomada en el artículo 9.2 de la Constitución española), en estos términos: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Sin embargo, este texto constitucional es, junto con el español, los únicos que contemplan en sus disposiciones sendos preceptos relativos a las personas con discapacidad; en el caso italiano, hallamos esta referencia en su artículo 38, donde se estipulan medidas de protección social para el “ciudadano incapaz de trabajar”, una cobertura especial para los trabajadores que por razón de “accidente, enfermedad, invalidez y ancianidad” tengan “sus necesidades vitales cubiertas”, señalándose el derecho al acceso a la educación y a la formación profesional de “los incapacitados y los minusválidos”. Ello convierte a este texto constitucional en uno de los primeros documentos en el ámbito nacional (recordemos que fue aprobado en 1947 y ganó vigencia en enero de 1948), que contempla una protección y una garantía tan específica a las personas con discapacidad, y ello sin olvidar que la Carta Social Europea no será aprobada sino hasta trece años después (en 1961) de la Constitución de la República Italiana.

No obstante, y pese al mérito que podamos brindarle a las garantías que ofrece en materia social, no podemos dejar de indicar que Italia no cuenta con una regulación estatal y centralizada en materia de personas con discapacidad, cuestión que fue objeto de reproche del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU tras el informe remitido por Italia de 2016, en el cual dejaba claro que se necesitaba con urgencia una ley nacional que regule todos los temas en materia de discapacidad y reunifique, bajo un criterio unitario y nacional, una definición de lo que se entiende por “discapacidad” y “personas con discapacidad”, cuestión dispersa y de regulación regional.

Como podemos ver a la luz de esta paradoja, la inclusión de las personas con discapacidad en los textos constitucionales no es garantía de una extrapolación y cumplimiento de sus mandatos al ámbito legislativo. De todas formas, Italia, igual que sucede con Francia y con Portugal (nuestros tres países vecinos que son objeto de análisis comparado) han aceptado tanto el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales establecido mediante un Protocolo de 1995 como la Carta Social Europea revisada de 1996. España, en cambio, tiene ambas asignaturas pendientes.

D) Constitución Portuguesa (Portugal):

Fue aprobada por la Asamblea Constituyente el 2 de abril de 1976, con su entrada en vigor datada el 25 de abril de ese mismo año; se compone por un Preámbulo, cuatro Partes, que a su vez están divididas en Títulos y Capítulos.

Hallamos en su artículo 13 consagrado el principio de igualdad, el cual reza en su apartado 1: “Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley”; comprobamos que no sólo se reconoce la igualdad ante la ley, sino una misma dignidad social, que en realidad es el único añadido que realiza respecto de otras disposiciones similares reseñadas *supra*. Por tanto, nos remitiremos a la interpretación que de ellas hemos realizado anteriormente; y lo mismo hemos de aplicar de cara a su apartado 2, el cual preceptúa como razones de no discriminación “ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social”.

Y, tal como lo enunciamos al comienzo de este apartado, de las cuatro constituciones revisadas, dos no contenían referencia expresa a la discapacidad, siendo una de ellas precisamente esta, la portuguesa.

No obstante, si bien la Constitución de la República Italiana nos sirvió como ejemplo de carencia de previsión explícita a favor de las personas con discapacidad en disposiciones constitucionales, la Constitución Portuguesa nos sirve como ejemplo paradójico, pues si bien no hay mandato constitucional relativo a la discapacidad, Portugal cuenta con normativa en esta materia, concretamente la Ley 38/2004, de 18 de agosto, por la que se Define las Bases Generales del Régimen Jurídico de la Prevención, Habilitación, Rehabilitación y Participación de la Persona con Discapacidad.

De esta manera, cerramos el apartado dedicado a la revisión de las Constituciones europeas, y con él, el epígrafe dedicado a la comparativa constitucional. Procede, antes de darlo por zanjado, que realicemos una reflexión respecto del examen comparativo: Como hemos podido constatar, la materia de discapacidad está tratada prácticamente de igual modo en las Constituciones que así la recogen (tal es el caso de Ecuador, España e Italia, como ejemplos extremos), garantizando una inclusión y protección en diferentes materias (tratadas de forma genérica o bien mediante la no discriminación y el principio de igualdad).

Resulta, de igual modo, reprochable que, en el siglo XXI, contando los diversos avances en este ámbito que han llevado adelante las instituciones continentales, que existan textos constitucionales “obsoletos” que ni siquiera integren en sus disposiciones mención alguna a este colectivo (tal es el caso de las constituciones de Chile y Portugal), o que ni siquiera se pueda llegar a realizar una integración interpretativa (como es el caso de Francia, por su “tradicional constitucional” anclada en un texto de finales del siglo XVIII y otro de mediados del siglo XX -de 1946-).

Esperamos, pese a lo anterior, y como así hemos demostrado, que el hecho de no contar con preceptos constitucionales que regulen la materia, no sea óbice para carecer de una legislación que proteja, vele y garantice los derechos de las personas con discapacidad en los ordenamientos internos, como sucede, lamentablemente en el caso italiano.

2. Incorporación e impacto constitucionales de los estándares internacionales en el terreno doméstico.

2.1. El mandato de interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Habiéndonos enfrascado ya en el ámbito interno mediante la revisión constitucional que hemos realizado en los dos ítems anteriores, no cabe más que examinar el modo en que, por un lado, las normas internas en materia de Derechos Fundamentales son interpretadas a la luz de los tratados y convenios internacionales en dicho ámbito, y por otro, el modo en que estos tratados y convenios internacionales son aplicados internamente.

En este apartado, nos ocuparemos de la primera de esas dos cuestiones, y lo haremos prestando especial atención al caso de España, para luego, y a modo ejemplificativo, ilustrar la materia en algunos casos de las demás Constituciones revisadas que nos resultan interesantes, aunque siempre de forma soslayada.

Ya entrando en materia, comenzaremos por señalar que el mandato constitucional en España de la interpretación de las normas internas en materia de Derechos Humanos conforme a tratados y convenios ratificados por el Estado, viene consagrado en el artículo 10, apartado 2 de la Constitución, el cual en lectura conjunta con el (artículo 96.1 –relativo a la aplicación de los Tratados y Convenios que examinaremos en el epígrafe siguiente) delimita la función de los acuerdos internacionales suscritos por el Estado español confiriéndoles una doble función: Por una parte, la que aquí nos interesa, una labor interpretativa que se pone al servicio de jueces y tribunales en tanto en cuanto recae en estos la misión de aplicar la norma en la resolución de conflictos, y que por tanto dotarán de dimensión efectivo (efecto útil) a los Derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente (y desarrollados o regulados *a posteriori* mediante la correspondiente legislación, estatal o autonómica); y por otra parte, la función plasmada en el artículo 96.1 de la Constitución, que implicaría el carácter de norma aplicable en el ámbito interno (cuestión que como decimos, será examinada en el apartado siguiente)¹¹⁹.

En relación con el carácter interpretativo del artículo 10.2 CE., resulta de vital interés lo señalado por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en dos sentencias relativas a recursos de amparo. En primer lugar, en su sentencia 91/2000, de 30 de marzo, el TC señala que el valor del artículo 10.2 CE reside en el “reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen”; pero no sólo ello, pues añade que a través de dicho reconocimiento la nación demuestra el interés que posee de formar parte de “un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”; finalmente, y en relación con la función del ámbito interpretativo proclamado en el precepto aquí examinado, el TC resalta la relevancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de todos los convenios semejantes cuando afirma la “importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España”¹²⁰.

Y en segundo lugar, como ejemplo gráfico del carácter relevante del principio interpretativo proclamado en el artículo objeto de nuestro estudio, podemos citar la STC 26/2014, de 13 de febrero; en concreto, el derecho fundamental que aquí se examina es el de un proceso judicial con todas las garantías (artículo 24.2 CE): el TC reseña que en la labor de “precisar cuáles son, en concreto, los derechos, facultades o facetas contenidas en el correspondiente contenido absoluto de un derecho fundamental” revisten una trascendencia decisiva los tratados y convenios suscritos por España, en tanto, como hemos indicado anteriormente,

¹¹⁹ CUENCA GÓMEZ, P.: “La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 12, 2012, pp. 79 a 106.

¹²⁰ Véase la STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

refleja la coincidencia de los parámetros esenciales del Derechos Internacional de los Derechos Humanos con la Carta magna española¹²¹.

En vista de lo anterior, y de acuerdo con lo expuesto por el TC, podemos afirmar que el valor interpretativo de los instrumentos internacionales proclamado en el artículo 10.2 CE viene a ejercer las funciones de una vara de medir del alcance máximo y mínimo de las normas que recogen Derechos Fundamentales en la Constitución.

Ahora bien, y ciñéndonos al tema objeto de nuestro escrito (los derechos de las personas con discapacidad), España queda obligada a realizar una interpretación de sus normas a la luz de, por ejemplo, el Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2016 en el ámbito internacional, la Directiva 2000/78 o el Reglamento 2006/1107 (relativo a los derechos de las personas con discapacidad en el transporte aéreo) en el ámbito de la Unión, o bien, al principio de no discriminación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o el artículo 15 de la Carta Social Europea en el seno del Consejo de Europa¹²².

Con todo lo anterior, nos gustaría hacer mención a algunos ejemplos de otros imperativos similares a este, como es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana que en su artículo 10 preceptúa que “El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas”, lo que podría entenderse como una clara declaración de interpretar y aplicar las normas internas de acuerdo a criterios internacionales, siendo tal vez un modo demasiado abierto a interpretación a diferencia del caso que acabamos de examinar. Y, en lo que respecta a las constituciones latinoamericanas, reviste interés la Constitución de Bolivia, la cual dispone en su Artículo 13.III un principio imperativo idéntico al estipulado en el artículo 10.2 español, dictaminando que “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

En suma, nos interesa resaltar esos mandatos constitucionales interpretativo y aplicativo en virtud de los instrumentos internacionales (universales y regionales) de derechos humanos. No nos adentramos, en cambio, en el presente trabajo de manera minuciosa y detallada en la consecuencia directa de la prevalencia de los tratados sobre las normas nacionales a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, o el ejercicio del posible “control de convencionalidad” (inaplicación por el juez nacional de una norma interna que entre en conflicto y sea contraria a una norma internacional, de modo similar a como juega el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea respecto del Derecho nacional), pues se trata de una controversia (su misma posibilidad en el sistema interamericano y en el sistema europeo, así como las divergencias en los diferentes sistemas constitucionales analizados, sean americanos, sean europeos). Nos limitaremos, entonces, a continuación, a un breve apunte sobre la idea de ese mandato aplicativo de los tratados y su prevalencia en el orden interno.

¹²¹ Véase la STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4.

¹²² A este respecto nos parece importante volver a incidir en la falta de ratificación por España de la Carta Social Europea revisada de 1996, lo que supone una desactualización en materia de personas con discapacidad dentro del Consejo de Europa.

2.2. El mandato aplicativo de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su prevalencia sobre las normas nacionales.

Tal como hemos adelantado en el apartado anterior, en la Constitución española se consagran dos principios básicos en materia de tratados y acuerdos internacionales: Uno que conlleva la interpretación de las normas que contemplen Derechos y libertades fundamentales (recogidos en el propio texto constitucional) a la luz de los mismos, pero con especificidad en materia de Derechos Humanos (artículo 10.2 CE.), y otra cláusula de aplicación plasmada en el Artículo 96.1 CE., y que será objeto de nuestra atención en este apartado.

Ya hemos visto que los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España se configuran mediante la lectura conjunta del artículo 10.2 y del 96.1 CE, los cuales conforman un todo constitucional que delimita el papel que estos instrumentos internacionales desempeñan en el ordenamiento interno una vez integrados en él: Por un lado, desempeñan esa aplicación interpretativa hartamente reseñada, y por otro sirven como normas que rigen en el ordenamiento jurídico como una norma más. De esta manera, en el artículo 96.1 CE., se decreta que: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”; esto constituye un mandato constitucional sin margen de interpretación, claro y conciso, destinado a aportar a los tratados y convenios internacionales no sólo la misma fuerza interna que las propias leyes, sino que se sitúa un paso por encima de éstas, lo que supone el núcleo central de las relaciones entre unos y otras bajo la guía del principio de prevalencia de los estándares internacionales.

Ciertamente, la doctrina se ha mantenido dividida respecto de la afirmación anterior, además de las disquisiciones en torno al monismo y al dualismo, pues por un lado, los internacionalistas consideran que existe una integración automática desde el momento de su adopción, y por otro lado los doctos civilistas y administrativistas se postulan ante la afirmación de que todo tratado requiere de algún tipo de formalidad para su integración (bien mediante ley que lo transfiera al ordenamiento o bien por el mero acto de publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) para su transformación en fuente de derecho).

Claro, esto atendiendo a la redacción del Artículo 1.5 del Código Civil, pues se considera que una vez esta cuestión fue constitucionalizada, y tal como hemos indicado a propósito de su explicación previa, el precepto no reseña ninguna otra formalidad (más que el tratado sea válido) para su integración en el ordenamiento, de forma que, si bien la publicación no es *conditio sine qua non* para su validez, sí que lo es para su aplicabilidad. De todos modos, como bien ha advertido el Profesor Cançado Trindade (ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual juez de la Corte Internacional de Justicia de la Haya), en materia de tratados de derechos humanos, la discusión en torno al monismo y dualismo han quedado ampliamente superada, pues este tipo de tratados es obvio que forman parte del ordenamiento interno y deben surtir todo su efecto útil para garantía de la dignidad humana¹²³.

Al igual que en el ítem ulterior, nos ceñiremos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC), para acotar más la aplicabilidad de los tratados y acuerdos internacionales según la disposición del artículo 96.1 CE; y, al igual que sucedió con el artículo 10.2 CE, nos

¹²³ CANÇADO TRINDADE, A. A.: “Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *Colección “Cuadernos de derechos humanos” de Guatemala*, 1995, p. 20.

serviremos de una sentencia reciente y otra significativamente anterior; respecto de esta jurisprudencia, nos gustaría indicar que ambas resoluciones guardan relación con los acuerdos suscritos entre España y la Santa Sede en 1979.

Así, en la sentencia 207/2013, de 5 de diciembre, el TC, a propósito de los Acuerdos entre España y la Santa Sede de 1979 a los que les confiere rango de tratado internacional, recuerda que como tales son “una norma con rango de Ley que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 CE, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno”, y como consecuencia de lo anterior, cualquier contravención “debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3”¹²⁴; esto refuerza todavía más la idea planteada hasta ahora: Los tratados y acuerdos internacionales tienen, como mínimo, rango de ley interna, y además, su carácter interpretativo de las normas se pone al servicio de jueces y tribunales ordinarios. Es más, la actual Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, ha dejado claro que, efectivamente, se trata de una conclusión mínima, pues dicha Ley deja clara la prevalencia de los tratados internacionales¹²⁵.

En la misma línea, en la STC 187/1991, de 3 de octubre, que vuelve a versar sobre uno de los Acuerdos de España con la Santa Sede, el Alto Tribunal asevera que dicho acuerdo “es un Tratado Internacional cuyo texto ha sido aprobado por las Cortes Generales y publicado oficialmente (...), lo que significa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la CE, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico”. Como vemos nuevamente la idea de acuerdo a la cual nos hemos postulado (de la aplicación directa de los tratados y acuerdos suscritos por España y su prevalencia) está igualmente respaldada por la jurisprudencia constitucional¹²⁶.

En esta línea de consideraciones podemos deducir, en consecuencia, que en el caso de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (ratificada por España en 2007), tiene aplicación directa a favor de los ciudadanos españoles y demás personas en el ámbito interno, y por tanto, puede ser invocada por las personas con discapacidad para ver garantizados sus derechos en ella proclamados. Lo mismo es de aplicar, en el ámbito europeo, respecto de la Carta Social Europea, artículo 15, pero sólo en lo referido a la versión original de 1961, dado que, como se ha señalado, la revisada de 1996 sigue siendo una asignatura pendiente para España.

En lo que se refiere ya a otras constituciones, creemos que dos buenos ejemplos en esta materia son, en primer lugar, la Constitución Francesa de 1958, la cual dispone en su artículo 55 la aplicación de “los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados” en el ámbito interno, haciéndose, no obstante, dos consideraciones que a nuestro criterio resultan de interés: Por un lado, se les confiere un rango superior a las leyes, y por otro, se realiza una reserva a expensas de la aplicación por la otra parte del acuerdo y tratado¹²⁷. Y, en segundo

¹²⁴ Véase la Sentencia 207/2013, de 5 de diciembre, relativo al Recurso de inconstitucionalidad núm. 4285-2013, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra una ley foral de Navarra, FJ 4.A).

¹²⁵ Efectivamente, esa prevalencia se desprende, entre otros, de los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución española, en conjunción con el artículo 1.5 del Código civil y, sobre todo, artículos 23.3 y 30.1 de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, como bien sostiene JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes, técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015, p. 54.

¹²⁶ Véase la STC 187/1991, de 3 de octubre, FJ 1.

¹²⁷ Artículo 55 de la Constitución de la República Francesa de 1958: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

lugar, encontramos la Constitución Ecuatoriana, la cual en su artículo 11.3 dispone la aplicación directa de las normas y tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, añadiendo que dicha aplicación será de oficio o a instancia de parte, siendo un imperativo para los funcionarios y funcionarias públicos y miembros de la administración, así como jueces y tribunales.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES.

A lo largo de las páginas anteriores hemos revisado la problemática de las personas con discapacidad a través del examen del trabajo que en distintos ámbitos se ha realizado a favor de la garantía y del ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la ciudadanía, así como la lucha por su integración respetando el principio de no discriminación.

Primero lo hicimos revisando la labor de las Naciones Unidas, donde pudimos comprobar cómo a lo largo de las últimas dos décadas se han ido produciendo grandes avances en esta materia, alcanzando su cénit en el 2006, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad.

A continuación, examinamos la labor llevada a cabo por las organizaciones de integración regional tanto en Europa como en América, centrandó nuestro foco de estudio en las normas emitidas por sus instituciones y en la jurisprudencia dictada por sus órganos de control (tribunales y comisiones).

Finalmente, prestamos atención a cómo los propios Estados incorporan a las personas con discapacidad en sus principios rectores mediante el análisis de sus Constituciones en pos de hallar algún precepto que contemplase a los ciudadanos con discapacidad. En este caso, hemos efectuado un examen de las disposiciones constitucionales más relevantes, con mención en su caso de la legislación esencial de desarrollo que versa sobre las personas con discapacidad. No hemos procedido, en cambio, a un análisis sustancial de los derechos de las personas con discapacidad en cada uno de los sistemas constitucionales (americanos y europeos) analizados, pues ello hubiera sido demasiado prolijo y supera los límites de nuestro trabajo de investigación. Sí hemos introducido, en cambio, algunos apuntes constitucionales (también de la jurisprudencia constitucional, especialmente española) sobre el alcance de los estándares internacionales en la materia, que sí han sido minuciosamente examinados a la luz igualmente de las principales tendencias interpretativas y jurisprudenciales de los órganos de garantía universales (de la ONU) y regionales (en Europa y en América).

Habiendo concluido el examen de todas estas cuestiones, es menester proceder a las conclusiones que hemos alcanzado y realizar propuestas respecto de aquellas deficiencias que hayamos extraído de todo nuestro estudio. Para lograr este objetivo, hemos dividido las conclusiones en dos bloques: Por un lado, revisaremos cuestiones genéricas, con especial atención en el empleo del vocabulario; y por otro, nos ceñiremos a un principio esencial que rige la maquinaria de los Derechos Humanos, a saber, el principio *favor libertatis* o *pro personae*.

1. Conclusiones y propuestas acerca del reconocimiento no discriminatorio de los derechos de las personas con discapacidad, incluida la terminología o el vocabulario.

1. Si algo hemos logrado comprobar a lo largo de nuestro escrito es que los esfuerzos tanto de instituciones internacionales (universales y regionales), así como los propios Estados (vía constitucional y normativa), han fructificado en una normativa y en políticas encaminadas a garantizar la igualdad y la no discriminación de los ciudadanos con discapacidad. Sin embargo, y en nuestra opinión, si bien es cierto que esas normas y políticas son la cristalización de la voluntad integradora de todos los agentes nacionales e internacionales, podemos afirmar de igual modo que estas no son el final del camino, ni mucho menos, sino el inicio del mismo.

2. En efecto, existen todavía demasiadas carencias y deficiencias en los esfuerzos por la inclusión, la autonomía y la no discriminación de las personas con discapacidad, y tal vez uno de los principales sea, como hemos anticipado a lo largo de epígrafes anteriores, el empleo de un vocabulario en nada ajustado a la labor que las normas integradoras deben cumplir. Así, por ejemplo, encontramos términos tales como “disminuidos”, “minusválidos”, “incapaces”, “impedidos”, y en normas precisamente destinadas a la inclusión y no discriminación, aunque como sucedió con la Carta Social Europea, en su versión revisada de 1996, este problema fue subsanado y se emplearon términos no tan peyorativos como en su versión original. Ese debería ser el ejemplo a seguir por otras normas (recuérdese, por ejemplo, el artículo 49 de la Constitución Española de 1978), las cuales habrían de actualizar su terminología para así optimizar su esfuerzo inclusivo.

3. El lenguaje supone un elemento esencial de integración y de aceptación de las personas con discapacidad, ya que es a través de ellas como tanto los agentes e instituciones públicas y privadas perciben la realidad y sus obligaciones; si en las políticas de no discriminación proponemos incentivos fiscales para aquellos empresarios o entidades públicas que acepten e incluyan en sus plantillas a personas con discapacidad, lo que no se puede permitir es que *a posteriori*, cuando plasmamos estas políticas en una norma escrita, se utilicen términos como los antes listados; estamos presentando de este modo a un colectivo, a potenciales trabajadores como personas disminuidas, minusválidas (menos válidas), impedidas, incapaces..., lo que les resta, ya de por sí, muchas más posibilidades de ser vistos como uno más, razón de ser de este tipo de normas.

4. Tal vez el lenguaje pueda parecer un asunto menor, pero no lo es. Desarrollemos el ejemplo anterior y podremos verlo más claro: Empresario u organismo público recibe incentivos por incluir a “minusválidos” en su plantilla; fijémonos el sentido que tiene la palabra “minusválido”, el impacto que puede generar en el empleador, y el modo en que verá a su potencial trabajador, lo que redundará en un trato discriminatorio (sea de cara a facilitarle sus funciones o bien a discriminarlo en general), lo que conllevará al mismo trato por parte de sus compañeros, en su entorno y finalmente en la sociedad. Por tanto, se hace necesario que no se emplee una terminología que pueda redundar en un desconocimiento o en un prejuicio hacia las personas con discapacidad, así como la actualización de ciertas normas y propuestas de integración que incluyen este tipo de términos peyorativos y contrarios al espíritu de estos instrumentos.

5. Por otro lado, sería interesante que las políticas de promoción de las personas con discapacidad llevadas a cabo por entes públicos y privados (en el caso de las ONGs) estuviesen bajo una regulación específica en dicha materia y bajo la supervisión de un órgano dedicado única y exclusivamente al control de estas iniciativas. Pondremos un ejemplo para entender mejor esta cuestión: En Chile existe una institución llamada Fundación Teletón (fundada en 1978 y cuya labor y funcionamiento ha sido reproducida por toda Latinoamérica); esta institución se encarga de la rehabilitación de todos los niños y personas

con discapacidad de Chile, y una vez al año organiza un evento televisivo destinado a recaudar fondos para cumplir con su labor benéfica. Desafortunadamente durante ese evento, la institución reproduce videos e imágenes de personas con discapacidad en medio de su rehabilitación o bien explicando la discapacidad que padecen, sin prestar mayor atención a otras áreas tales como el modo en que pueden ser integrados una vez se han rehabilitado o fomentar la inclusión social de estas personas en medio de la ciudadanía ya que son, después de todo, ciudadanos con una limitación la cual, una vez superada, no supone más que un obstáculo menor.

6. En nuestra opinión, las prácticas y políticas de sensibilización e inclusión deberían estar tan normativizadas, como las prohibiciones de discriminación y que fomentan la igualdad, siendo objeto de supervisión por las mismas instituciones públicas destinadas a garantizar los derechos de las personas con discapacidad (en España, por ejemplo, las Defensorías del Pueblo, estatal y autonómica en donde todavía siguen funcionando, y el CERMI), ya que son estas, como defensoras o representantes de los intereses de este colectivo, las que deberían contar con la última palabra en situaciones como la ejemplificada anteriormente.

7. De esta manera, es decir, con la actualización de la terminología en normas ya desfasadas, así como la supervisión de las políticas de sensibilización por parte de entidades o comités representantes del colectivo de las personas con discapacidad, así como la normativización de unos estándares mínimos a seguir en dichas políticas (más allá de los fijados en normas genéricas), traerían grandes avances ya no sólo en el reconocimiento de las personas con discapacidad y sus derechos por parte de los Estados y sus agentes públicos, sino también por parte de la sociedad como iguales, meta que no se puede conseguir si se continúan contemplando en las normas términos como “minusválidos” o “disminuidos físicos y psíquicos”, o si las políticas de sensibilización se limitan a mostrar personas con discapacidad sufriendo las consecuencias de aquellas, más que a dejar constancia de su integración como ciudadanos plenos e iguales, cuestión que debe impulsar las políticas de integración y que no se consigue a través de la lástima y el rechazo social. Con tal espíritu, tanto las normas de integración como las políticas de promoción, sensibilización e igualdad, deben tener el fin de incluir e igualar, no excluir y diferenciar, y para ello el Derecho juega un papel determinante como regulador de todas las áreas y materias cotidianas, y está en él poder preceptuar y sentar las bases del adecuado cumplimiento de la función integradora de los poderes públicos y las entidades privadas. En esa función de integración, el Derecho puede y debe promover la cultura de los derechos humanos y el respeto de los valores fundamentales inherentes a la dignidad humana.

8. Nos gustaría reseñar, en consonancia con lo expuesto hasta ahora, aunque de forma soslayada, que así como se promueven iniciativas en pos de integrar a las personas con discapacidad dentro de la sociedad, resultaría significativo centrar el foco de atención en el propio colectivo de personas con discapacidad, es decir, no sólo mantener informada y sensibilizada al resto de la ciudadanía, sino a las propias personas parte de este grupo. En esta línea, puedo afirmar por experiencia propia que la desinformación dentro de las personas con discapacidad respecto de sus derechos y garantías es casi total, lo que supone un problema de cara a su completa integración, pues no pueden esperar a ser integradas y no saben cómo hacerlo. De forma que las normas y políticas desarrolladas hasta ahora (y que han sido objeto de nuestro examen) deberían dedicar una parte de sus preceptos y recursos a la información de las personas con discapacidad para que así puedan hacer valer sus derechos por ellos mismos, tal y como haría un ciudadano sin discapacidad alguna. Por tanto, se impone una especie de ruptura de las barreras que impiden la accesibilidad jurídica, la accesibilidad a las normas por parte de las propias personas con discapacidad. Ciertamente es que

en determinadas normas se integra a la familia como receptores de la promoción y sensibilización, pero dicho radio no debería limitar su ámbito de aplicación sólo a las familias, debiendo ampliarlo e incluir en él a los interesados y afectados.

9. En otro orden de cosas, nos resulta interesante destacar la labor del Comisario Europeo de Derechos Humanos, la cual, no obstante, está desposeída de toda la fuerza que una institución como esta debería poseer. En este sentido, no podemos pasar por alto el hecho que, siempre a nuestro parecer, una figura como la del Comisario debería revestir una mayor autoridad, ya no tan simbólica e informativa, sino con cierta fuerza vinculante, tal vez no al nivel de otras instituciones de cariz judicial o cuasijudicial como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité Europeo de Derechos Sociales, pero sí la suficiente como para que sus informes, opiniones y recomendaciones afecten de algún modo a los Estados miembros, y todavía más si existen colectivos susceptibles de sufrir discriminación y ver vulnerados así sus derechos, tal es el caso de las personas con discapacidad.

10. En línea con lo anterior, y dejando a un lado al Comisario Europeo de Derechos Humanos, creemos que la creación de una institución (un comité, por ejemplo, a nivel europeo que vele única y exclusivamente por las personas con discapacidad y la garantía de sus derechos), añadiría un plus de protección; habría de tratarse preferentemente de una entidad independiente para que fuera lo más eficiente posible para evitar confrontación de intereses, siendo, por el contrario, importante que su ámbito de actuación se circunscribiera a la protección de las personas con discapacidad. Ya contamos con un órgano de las características arriba expuestas a nivel universal (recordemos el capítulo II, dedicado al ámbito internacional, donde mencionamos al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a propósito de la propia Convención) quedando así demostrada su viabilidad; es más, en el sistema interamericano ya se cuenta con una institución así, el CEDDIS¹²⁸, de forma que el sistema europeo bien podría extrapolar cualquiera de estos dos órganos al sistema europeo e integrarlo en sus instituciones.

2. Conclusiones y propuestas acerca de la garantía no discriminatoria de los derechos de las personas con discapacidad, imbuidas por el principio *favor libertatis* o *pro personae*.

1. Por supuesto, las normas en pro de las personas con discapacidad no servirían de nada sin los correspondientes órganos de control, jueces y tribunales nacionales y supranacionales (dejemos ahora al margen al Comisario Europeo de Derechos Humanos y entidades a fines), quienes han de aplicar e interpretar las normas existentes en esta materia. Pues, en suma, como es de sobra conocido, los derechos valen tanto como sus garantías.

2. En el epígrafe dedicado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) vimos cómo este aplicó una interpretación contraria al principio *pro personae*, cuando negó la protección frente a una discriminación atendiendo a factores señalados por el legislador que delimitaban una discapacidad a una circunstancia irreversible y postergada en el tiempo, algo que, por ejemplo en el ordenamiento español, no es así, en función que existe una serie de criterios valorativos para otorgar un grado determinado de discapacidad atendiendo precisamente a factores como el tiempo o la irreversibilidad de determinadas enfermedades (como era el

¹²⁸ Por ejemplo, el 16 de abril de 2015, se hizo pública una iniciativa del CEDDIS respecto de la creación de un manual destinado a las instituciones y organismos públicos de los Estados en materia de discapacidad, mediante el cual se fijarían los criterios y estándares mínimos en esta materia.

caso de la señora Chacón Navas). Lo que sucede es que, en tales casos, la jurisprudencia del TJUE genera una especie de distorsión, pues en principio ese estándar jurisprudencial goza de primacía y efecto en el ordenamiento interno.

3. De esta forma y ante tal eventualidad, podemos comprobar que resulta necesario que los jueces y tribunales realicen una valoración encaminada a una interpretación de acuerdo con el principio *favor libertatis* o *pro personae*, tal como fue el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Glor contra Suiza* (examinado *supra*) y que supuso una valoración más beneficiosa para el demandante de cara a garantizar sus derechos; y nótese que al igual que sucedió en el caso *Chacón Navas contra Euresst Colectividades, S.A.* del TJUE, el objeto del litigio era una discriminación producto de una interpretación desfavorable por parte del gobierno suizo que perjudicaba al demandante, lo que demuestra los beneficios del principio *pro personae* o *favor libertatis* en la defensa y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Debe reprocharse, entonces, que el TJUE realiza una valoración contraria a este principio, interpretación que constriñe las garantías fundamentales de la señora Chacón Navas y que por tanto la deja desposeída frente a la discriminación que padeció, cuestión que más allá del mandato normativo de la norma europea objeto de controversia (Directiva 2000/78) y vulnera los derechos esenciales de la demandante. Y ello resulta, por cierto, contradictorio con el principio *favor libertatis* o *pro personae* que se deriva del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (por cierto, coincidente en este caso con el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, o con el artículo 32 de la Carta Social Europea de 1961 y equivalente artículo H de la Carta Social revisada de 1996).

4. Señalado lo anterior, creemos que en el ámbito de las personas con discapacidad, además de la tarea promotora y preventiva de las autoridades públicas y de las entidades del sector, resulta crucial que los jueces y tribunales, si bien pueden tener como base las normas aplicables al caso concreto del cual conozcan, no es menos cierto que deben tener más presente si cabe las interpretaciones y referencias realizadas por entidades internacionales (Comité para los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Organización Mundial de la Salud, etc.), ya que es en ellas donde se contienen definiciones más precisas sobre lo que se entiende por “personas con discapacidad” o “discapacidades” y, en consecuencia, a la hora del fallo estarán alineados con el criterio internacional en esta materia, lo que conducirá, del mismo modo, a una interpretación ajustada a criterios universales (y no sólo suscritos al ámbito continental) y que irán encaminados a favorecer, y no constreñir, los derechos de las personas con discapacidad. Así, por ejemplo, en el reiterado caso de la señora Chacón Navas analizado *supra*, vemos como el TJUE realiza una interpretación de acuerdo al legislador europeo (a lo que indica en los considerandos de la Directiva 2000/78) respecto de lo que entiende por “discapacidad” excluyendo de su radio de aplicación a determinadas enfermedades que por su corta prolongación en el tiempo (quedando a discreción de la Sala la percepción que de la extensión del tiempo pueda tener) deja así fuera de la protección de la Directiva 2000/78 a enfermedades que bien pueden ser serias y suponer una limitación funcional y perjudicial para quien la padece, pero como al legislador europeo no le encajan dentro de su conceptualización de la “discapacidad”, no pueden ser incluidas en la norma. Semejante interpretación restrictiva, por ende, no resulte acorde con el principio *favor libertatis* o *pro personae*. De esta forma, vemos cómo se hace necesario unificar jurisprudencia y criterios valorativos comunes inspirados por una protección *al alza* en relación con lo que se entiende como “discapacidad”, algo que de momento, y en pos de garantizar los principios de *favor libertatis* o *pro personae*, deberá dejarse en las manos de instituciones internacionales expertas en la materia, al menos hasta que a nivel de, como hemos indicado la Unión Europea, se cuente con una jurisprudencia que unifique como ha de entenderse este concepto.

5. Ya como cierre de nuestro trabajo, nos gustaría responder a la pregunta que indirectamente hemos formulado con el título de este escrito: Si bien existe una protección efectiva de las personas con discapacidad, y se han conseguido logros para su integración, su autonomía y su no discriminación tanto a nivel supranacional como nacional, no es menos cierto que aún queda mucho camino para conseguir su igualdad respecto del resto de ciudadanos, retos tales como la optimización del vocabulario, la implementación de órganos que representen sus intereses a nivel europeo, una jurisprudencia más sólida y alineada con los principios básicos de interpretación y garantía (*protección al alza guiada por los principios favor libertatis o pro personae*); estas son algunas de las áreas que deben trabajarse de cara a lograr una igualdad efectiva de las personas con discapacidad. Ciertamente, existen medidas que favorecen cada vez más y tienden a optimizar su protección efectiva, pero, como decimos, esa protección todavía no se ha materializado del todo en una igualdad efectiva, siendo este el más grande de todos los retos respecto de las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., y COURTIS, Ch.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ALIPRANTIS, N.: “Les droits sociaux sont justiciables!”, *Droit social*, n° 2, 2006.

BELORGEY, J. M.: “La Carta Social Europea y su Órgano de Control: El Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, n° 70, 2007.

BREGAGLIO LAZARTE, R.: “La incorporación de la discapacidad en el sistema interamericano. Principales regulaciones y estándares post-convención”, en *Derechos Humanos y Grupos Vulnerables* (Coords. Felipe Beltrao, J., y otros), Barcelona, Universidad Pompeu Fabra, 2014.

CARDONA LLORENS, J., y SANJOSÉ GIL, A.: “Derechos humanos y personas con discapacidad en el marco de las Naciones Unidas: ¿Hacia un cambio de rumbo?”, en *Los Rumbos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje al Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade* (coord. LEAO, R. Z.), tomo V, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

CHATTON, G.: “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, n° 73, 2008.

CONSTANTINESCO, V.: “¿Hacia la emergencia de un Derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, n° 8, 1994.

Cuenca Gómez, P.: “La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 12, 2012.

DEOP MADINABEITIA, X.: “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos. El Protocolo adicional N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, n° 16, 2000.

DE VEGA GARCÍA, P.: “El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 1, 1998.

ESCOBAR ROCA, G.: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama editorial, 2005.

FIGUEROA GUTARRA, E.: “Discapacidad, derechos humanos y jurisprudencia: construyendo una tesis de indisolubilidad”, *Gaceta Jurídica*, nº 82, octubre, 2014.

FLAUSS, J. F.: “L’internationalisation de l’exercice de la fonction constituante: une nouvelle forme de constitutionnalisme?”, en el colectivo *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/BerlinerWissenschafts/Bruylant, 2004.

GARCÍA PELAYO, M.: *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

Jimena Quesada, L.: “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015.

JIMENA QUESADA, L.: “El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

JIMENA QUESADA, L.: “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, primer semestre 2015.

JIMENA QUESADA, L.: “El tríptico liberal en el constitucionalista social”, *Revista General de Derecho Público Comparado* (Monográfico sobre *Liberté, Égalité, Fraternité*), nº 20, 2017.

JIMENA QUESADA, L.: “Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos Sociales: Tributo a Jean-Michel Belorgey”, *Lex social: revista de los derechos sociales*, nº 1, 2017.

LANCHESTER, F.: “El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores”, *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Universidad de Valencia, nº 4, 1993.

LUCAS VERDÚ, P.: *La Constitución en la encrucijada*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

ROMAN, D.: “L’universalité des droits sociaux à travers l’exemple du droit à la protection sociale”, *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, nº 7, 2009.

SÁIZ ARNÁIZ, A.: [“El Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Garantía Internacional de los Derechos”](#).