Número Extraordinario 2023
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

2. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA DISCAPACIDAD Y SUS FUENTES REGULADORAS

Sofía Olarte Encabo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se pretende dar una visión general del conjunto de fuentes reguladoras de la discapacidad, lo que no es tarea fácil, tanto por lo ingente de dicho conjunto, como por su "dispersión". Sin embargo, el estudio del ordenamiento jurídico-positivo que tiene como objeto la discapacidad pone de manifiesto, más que su dispersión, que se trata en realidad de un subsector del ordenamiento jurídico que se caracteriza por su transversalidad y coherencia interna Es decir, por contar con normas en prácticamente todas las ramas o sectores del Derecho, determinando la discapacidad la modalización, adaptación o exceptuación del régimen y/o principios propios de cada una de esas ramas o instituciones; y ello con el objeto de dispensar un tratamiento específico conforme a una lógica unitaria.

El trabajo, el empleo y la protección social de las personas con discapacidad es naturalmente uno de los núcleos duros de este subsector –el Derecho de la Discapacidad–, junto con las instituciones tutelares del Derecho Civil. Pero ello no significa que la discapacidad sea irrelevante en el ámbito del Derecho Mercantil, Penal o Administrativo, por ejemplo, siendo, por tanto, este tipo de subsectores transversales del ordenamiento una manifestación más de la esencial unidad y coherencia –al menos pretendida– del ordenamiento jurídico, como un todo, al tiempo que manifestación también de su constante diversificación. Unidad que se sustenta en opciones político-jurídicas previas y generales que se formalizan en normas jurídicas y que, a modo de vasos comunicantes, se transportan a todo el ordenamiento jurídico en una suerte de simbiosis total. Y dicha unidad teleológica viene garantizada en esta materia por la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social –Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre– y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, como veremos más adelante.

A partir de la reflexión anterior, a lo largo de este trabajo, se va a proceder a identificar o evidenciar esa opción político-jurídica previa que responde a un determinado esquema axiológico sobre la discapacidad o del sujeto colectivo que son las personas con discapacidad. Y resulta ya evidente que dicho esquema axiológico se sustenta hoy sobre la titularidad y ejercicio plenos de los Derechos Humanos respecto a un colectivo tradicionalmente, si no excluido o estigmatizado, sí condicionado o limitado formal y materialmente. Estos planteamientos limitativos o excluyentes se han consagrado en los textos normativos sobre la convicción social de una inferioridad de condiciones que requiere, en el mejor de los casos, de una intervención tutelar.

El cambio axiológico se refleja en las normas y el lenguaje que estas emplean, que en ningún caso es neutro. En el caso de la discapacidad se han sucedido términos como el de inválido, incapaz, minusválido, anormal o inútil y hoy se impone el de discapacidad como sustantivo pretendidamente neutro que se solapa, por sus interacciones, con el de dependencia. Bajo las palabras subyace una determinada concepción o valoración social sobre la que se construyen o se han construido modelos jurídicos: unos, excluyentes o negacionistas (también denominados eugenésicos), otros tutelares-

paternalistas; sólo más recientemente se adoptan modelos tutelares-dignificadores o, finalmente, normalizadores-compensadores, como forma última de superación del modelo meramente tutelar. Es cierto que en todos ellos subyace la dialéctica igualdad-diferencia, radicando cada valoración en la forma en que se afronta dicha diferencia: en sociedades más primitivas, excluyendo al colectivo de la sociedad y negando sus derechos, invisibilizando o incluso eliminando físicamente al colectivo en cuestión (que responden al paradigma eugenésico). Conforme avanza el grado de civilización la exclusión adopta un carácter paternalista o tutelar que no deja de sustentarse en la idea de inferioridad física o mental. La influencia del Derecho Internacional Humanitario moderno ha sido clave en la adopción de modelos que parten del reconocimiento de la dignidad de todo ser humano; sin embargo este modelo "dignatario" inicial se considera insuficiente, porque no asume la normalización plena y la necesidad de una intervención compensadora, que parta aceptar que el problema radica en la sociedad y sus estructuras, en lugar de en este colectivo. Este modelo normalizador y compensador es el que finalmente se ha impuesto y el que refleja el actual tratamiento jurídico de la discapacidad con carácter general. Es decir, reconocimiento –y ejercicio– pleno de derechos y adopción de medidas de remoción de los obstáculos que lo impiden o dificultan, para la consecución del mayor grado posible de autonomía personal. Por tanto, igualación en la consideración de que dicha normalización no excluye, sino que presupone, la adopción de medidas específicas –positivas y negativas o de remoción– en orden a dicha normalización efectiva.

Es claro que el modelo social y normalizador es el que se impone en nuestro ordenamiento jurídico, que restringe los supuestos de incapacitación de la persona sólo para la discapacidad mental grave, donde se constata objetivamente la absoluta falta de capacidad de autogobierno (y, además, sin que ello suponga la privación de sus derechos fundamentales). Los principios informadores del sistema de fuentes reguladoras de la discapacidad son pues: la igualdad, la dignidad, la autonomía personal, la intervención pública compensadora y la normalización. La intervención tutelar excepcionadora o limitadora de derechos y/o libertades se erige en excepcional. No obstante, es preciso advertir que una cosa es que se haya consagrado normativamente este modelo axiológico y otra cosa bien distinta es que dicho cambio, consagrado mediante este normativo normalizador-compensador, se corresponda con un grado de interiorización social tal, que garantice su plena efectividad en los diferentes ámbitos de la vida social.

II. MARCO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

La protección de la discapacidad cuenta con fuertes asideros constitucionales, unos de carácter general y transversal y otros específicos. Basta con recordar que "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualad y el pluralismo jurídico" (*art.1.1 CE), para concluir que el modelo normativo respecto a la discapacidad ha de enmarcarse en el social-normalizador. Tan importante proclamación cuenta con otra de gran relevancia en la construcción del modelo normativo de la discapacidad. Nos referimos, concretamente, al art. 9.2 CE que encomienda a los poderes públicos "*promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas",* así como "*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. Un mandato positivo, promover, y otro negativo, remover o eliminar obstáculos, que nuestro texto constitucional ordena respecto a todos los ciudadanos sin excepción, para la consecución de la libertad e igualdad de los individuos y los grupos sociales. Dimensión colectiva que sustenta el tratamiento jurídico diferenciado para colectivos especialmente desfavorecidos o vulnerables. Además, entre los derechos fundamentales, la CE reconoce el derecho a la igualdad y prohíbe la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión "*o cualquiera otra condición*

o circunstancia" –art.14–. Cláusula abierta que permite incluir la prohibición de discriminación por causa de discapacidad.

La tutela y modelo de protección constitucional de la discapacidad no se limita, sin embargo, a estos preceptos constitucionales generales. La discapacidad cuenta con una referencia expresa en el texto constitucional, entre los principios de la política social y económica, concretamente en el art. 49 CE. Este precepto establece un mandato a los poderes públicos , a los que se les impone que: "*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"*. Precepto específico que vincula esta política con el disfrute de todos los derechos del Título Primero, siendo especialmente relevante su incidencia en relación con el artículo 35.1 –derecho al trabajo y a una remuneración suficiente–, el 40 –política orientada a la consecución del pleno empleo– , el 41 –régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos ante situaciones de necesidad– y el 43 –protección de la salud–. Desde un punto de vista subjetivo, como el art. 48 referido a la juventud, el artículo 49 Ce emplea la misma técnica de especificación de derechos fundamentales respecto a otros colectivos que por sus cualidades requieren de una especial tutela.

Del precepto constitucional específico sobre discapacidad, el art. 49, podemos adelantar que, junto a la protección de la salud en sentido amplio, la integración en todos los órdenes de la vida social y la adopción de medidas de protección para el disfrute efectivo de todos los derechos del Título I CE , son los tres contenidos normativos objetivos fundamentales. Integración y tutela se configuran con carácter genérico, es decir, aplicables a todos los ámbitos de la vida social, política y económica y no sólo ni específicamente en el ámbito laboral, de la Seguridad Social o la Asistencia Social. Por tanto, el texto constitucional requiere el desarrollo de un modelo normativo no sólo normalizador-compensador, sino, además, transversal, a través de todo el sistema normativo, y específico (un estatuto jurídico diferenciado).

Entre las objeciones que pueden plantearse en torno al artículo 49 CE, además de las técnicas –derivadas de su ubicación sistemática en el texto constitucional–, se suele criticar también su obsolescencia terminológica. Ciertamente, es innegable que, en el contexto actual, lo primero que puede llamar la atención es el empleo de la palabra "disminuidos" –físicos, sensoriales y psíquicos–. Sin embargo, el significado de "disminuido", según el Diccionario de la RAE, no difiere mucho del que tiene el vocablo "discapacitado" –cuyo origen es el término inglés disability–, ya que se define al disminuido como a aquél que ha perdido fuerzas o aptitudes, o las posee en grado menor a lo normal. Y persona discapacitada es aquélla que padece una disminución física, sensorial o psíquica que le incapacita para el trabajo total o parcialmente o para otras tareas de la vida cotidiana. Sin embargo, comparando ambos significados, comprobamos que es cierto que, incluso aun cuando se consideren términos sinónimos, en el primero –disminuido– late una connotación negativa (por debajo del o normal), que el segundo –discapacidad– no incluye, aunque lo cierto es que el significado de discapacidad también incluye una disminución y una incapacidad (total o parcial, laboral o extra laboral). Por tanto, no considero que la cuestión terminológica sea realmente un problema fundamental del texto constitucional –aunque sea deseable su actualización– y ello porque nuestra Constitución opta por un paradigma social de la discapacidad. Y, por tanto, la opción terminológica se explica simplemente por el momento histórico en que se adoptó, en el que nuestro ordenamiento jurídico aún se refería a la discapacidad con los términos de "minusvalía" y "minusválidos". Recuérdese la relevante *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos*, cuyo art. 1 distinguía entre los disminuidos (con el objetivo de reconocimiento de derechos) y los disminuidos profundos (asistencia y tutela), un lenguaje que hoy consideramos peyorativo e inadmisible.

Por tanto, el texto constitucional optó por la terminología menos peyorativa en su contexto, implicando ello una opción política clara en favor de un modelo normalizador, sin perjuicio de su vertiente protectora y compensadora (social). Es cierto, que discapacidad es el sustantivo que se ha impuesto en el ámbito internacional como el menos peyorativo o estigmatizante a partir de la década de los noventa, apostando por ello el Consejo de Europa en su Recomendación 6/92, adoptada por el Comité de Ministros de 9 de abril de 1992 y, un año más tarde, Naciones Unidas en las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, aprobadas por la Resolución 48/98 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. También la UE, a través de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en diciembre de 2000 (art. 21 no discriminación por razón de discapacidad y art. 26 derecho a la autonomía, integración y participación) y la OMS en su Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud de 22 de mayo de 2001, figuran entre las principales organizaciones que han contribuido a la implantación definitiva del término discapacidad, en detrimento de otras denominaciones, incluso más neutras, como "personas con diversidad funcional". En España, fue a partir de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuando se generalizó este término. Opción que cuenta con una cláusula terminológica expresa en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, cuya disposición adicional octava establece que *"Las referencias que en los textos normativos se efectúan a "minusválidos" y a "personas con minusvalía" se entenderán realizadas a "personas con discapacidad". A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos "persona con discapacidad" o "personas con discapacidad" para denominarlas"*.

Pero volviendo a nuestro texto constitucional, y sin desconocer la importancia del lenguaje, sin embargo, lo relevante será que estos cambios sean reflejo de actitudes no discriminatorias de individuos y de la sociedad en relación con la discapacidad. Y lo cierto es que el análisis del marco constitucional pone de manifiesto la opción por un modelo normalizador y compensador en relación con este grupo social de forma concreta, aportando no sólo el objetivo –la igualdad e integración plenas– sino los medios –la intervención activa de todos los poderes públicos–. Modelo que a finales de los años 70 podía considerarse culturalmente tan avanzado como lejano a la realidad, pero que el tiempo ha terminado por aproximar. El art. 49 CE, en definitiva, impone a los poderes públicos, más allá de la prohibición de discriminación, la obligación de garantizar la plena efectividad de todos los derechos (cívicos, políticos, sociales, culturales y económicos) de estos ciudadanos, tal y como apuntó el TC (STC 269/1994), dando especial relevancia a la vertiente de la plena integración social y laboral.

Más allá del art. 49, el artículo 10.2 CE garantiza la evolución del mandato constitucional conforme a los estándares internacionales, sin olvidar que su ubicación en el capítulo III del Título I CE no es contradictoria con el reconocimiento de un derecho social fundamental a la plena integración social de las personas con discapacidad a partir de su derecho a la libertad e igualdad plenas –sin los que no se entiende el respecto a su dignidad– y para cuya efectividad se impone el mandato a los poderes públicos de adoptar políticas específicas.

III. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional ha desempeñado un papel protagonista en el desarrollo y evolución del Derecho de la Discapacidad. Los distintos instrumentos que se han ido adoptando son muy numerosos y reflejan cambios axiológicos profundos, pero, tanto por la necesidad de acotar este trabajo, como por su importancia y proyección en el marco normativo vigente, vamos a limitarnos a

analizar la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

La Convención representa un consenso internacional en torno a la discapacidad que trunca toda una tradición jurídica tutelar-paternalista, sustentada sobre la inferioridad física o mental de estas personas y que ofrecía mecanismos jurídicos de protección sobre la base o como contraprestación de la limitación en el acceso a derechos. La Convención invierte los términos de la cuestión, desplaza el problema de la discriminación desde el discapacitado y sus limitaciones, a la sociedad y las barreras que ella crea. En la doctrina se ha subrayado la carga de profundidad de este tratado internacional que, puede decirse, ha erradicado, al menos, la invisibilidad social de la discapacidad –ya que sería poco realista afirmar que ha acabado con la discriminación, aunque lo pretenda–. Al igual que nuestro texto constitucional respecto a los derechos reconocidos en el Título I con carácter general, la Convención representa la especificación subjetiva, para un grupo social concreto, de los derechos humanos y de los grandes instrumentos de Derecho Internacional Humanitario; técnica de especificación que se viene desarrollando con cierta frecuencia en su más reciente evolución (derecho de la infancia, derechos de las minorías étnicas....).

Los Tratados generales sobre derechos humanos más relevantes –excepción hecha de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas– son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966. Ciertamente no son instrumentos específicos, pero su proyección sobre la discapacidad es incuestionable y de gran relevancia, aunque se hayan explorado poco las posibilidades que ambos instrumentos brindan. En el primero de ellos –el PIDCP– se identifican varios grupos de derechos: los relativos a la existencia humana y la integridad de la persona (derecho a la vida, a no sufrir tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes), derechos de libertad (derecho a la libertad y seguridad de la persona y a la libre circulación, escasamente compatibles con los modelos de internamiento o institucionalización de personas con discapacidad, ni con un sistema de transporte público caracterizado por las barreras de accesibilidad); derechos relacionados con la familia (derecho a contraer matrimonio y a formar una familia), campo donde son conocidas las limitaciones a las relaciones sexuales y la paternidad o maternidad de las personas con discapacidad; y finalmente, el grupo de derechos políticos (libertad de pensamiento, de opinión, de reunión pacífica, participación social y política, incluido el derecho de voto y derechos a la igualdad) cuyo ejercicio en el campo de la discapacidad se ve dificultado por problemas de comunicación y accesibilidad. De ello se deduce el enorme potencial de esta norma de derechos humanos desde la perspectiva de la discapacidad, sin embargo, como decíamos, esas posibilidades han tenido escaso impacto y recorrido.

Lo mismo podemos decir del PIDESC –su potencial y escasa proyección específica–, que reconoce el derecho a la no discriminación general y la igualdad entre hombres y mujeres, derechos sociales de prestación (salud , seguridad social y educación), derechos laborales (derecho al trabajo, condiciones de trabajo justas y a constituir y afiliarse a sindicatos) y otros derechos sociales (protección de la familia, madres y niños, derecho a un nivel de vida adecuado y a participar en la vida cultural), entre otros. Se trata de derechos de especial importancia en relación con la discapacidad, tema sobre el que se ha pronunciado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en una Observación específicamente sobre discapacidad, conocida como Observación General Nº 5 (1994), en la que, por un lado, señala que las Normas Uniformes son una guía de referencia en orden a la interpretación del Pacto en el contexto específico de la discapacidad; y por otro, apunta una ampliación de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del Pacto en el contexto de la discapacidad, señalando que éstos deben velar por que el disfrute de los derechos por parte de las personas con discapacidad no se vea obstaculizado ·"por terceras partes en la esfera privada", señalado que las entidades no públicas también están sometidas a las misma normas de no discriminación e igualdad en relación con las

personas con discapacidad. Además se insta a los Estados adoptar medidas positivas compensadoras de las desventajas estructurales para conseguir la participación e igualdad plena. En tercer lugar, y este es técnicamente el aspecto más relevante, se analiza cada uno de los derechos desde la perspectiva de la discapacidad, así señala que la cláusula general de no discriminación, contenida en el art. 2.2 del Pacto, debe ser interpretada incluyendo la discapacidad como causa prohibida de discriminación bajo la cláusula de ·"cualquier otra condición" y ello comporta que la denegación de ajustes razonables cuyo efecto sea anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de estos derechos, sea discriminatorio. Por tanto, la Observación concluye, entre las obligaciones de los Estados, que éstos han de adoptar legislación anti discriminatoria en materia de discapacidad.

Previamente a la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada el 13 de diciembre de 2006, Naciones Unidas ya había dado un paso histórico hacia el modelo social-normalizador trece años antes, con la aprobación de las Normas Uniformes sobre igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, que se adoptó tras fracasar el intento de aprobar una Convención en aquél momento sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. En las Normas Uniformes las personas con discapacidad se identifican como colectivo necesitado de una protección específica, tanto afirmando la singularidad de sus derechos en determinadas situaciones, como requiriendo la intervención de los Estados para garantizar la efectividad de los derechos universales en el colectivo, adoptando medidas de protección específicas. Esta Resolución –aun con valor normativo inferior a una convención– representa el primer hito para situar la discapacidad en la perspectiva –y sistema– de los derechos humanos, en contraste con el predominio en las legislaciones nacionales de aquél momento ,del modelo rehabilitador-asistencial, a la postre e implícitamente, limitativo de derechos.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad –en adelante, la Convención– ha sido el resultado de un largo y ampliamente participado proceso –incluyendo a las organizaciones representativas de este colectivo– hasta lograr la visibilidad de las personas con discapacidad dentro del sistema de protección de derechos humanos de NNUU, a través de un instrumento normativo específico vinculante, compuesto de un largo Preámbulo y cincuenta artículos.

De su contenido es importante destacar el esfuerzo conceptual tanto a la hora de definir a la persona con discapacidad, como otros términos (comunicación, lenguaje, discriminación por motivo de discapacidad, ajustes razonables y diseño universal; igualmente relevantes son los principios generales en materia de discapacidad, las obligaciones generales de todos los Estados parte y las referencias específicas de género –mujeres con discapacidad– e infancia –niños y niñas con discapacidad–. Las perspectivas de género y edad se incorporan de forma transversal a lo largo del articulado, lo que es de suma importancia, al reconocer la mayor vulnerabilidad de las mujeres y niños y niñas con discapacidad.

Conforme dispone el art. 1.1, el propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente. A partir de ello, el planteamiento de fondo de la Convención radica en la consideración de que el problema de la discapacidad no son las personas con discapacidad sino la sociedad que crea barreras, excluye y discrimina. Tal y como proclama en su Preámbulo –apartado m)– los Estados reconocen el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar las personas con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de su comunidad. Y en coherencia con ello, el art. 12.2 establece que "Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, en todos los aspectos de la vida". Normalización plena sobre la base de la necesaria intervención compensadora o reequilibradora, no asistencialista, aunando la doble perspectiva de derechos humanos y no

discriminación y de desarrollo social, que se planteaban como alternativas en el proceso de elaboración de la Convención, habiéndose optado, por tanto, por un planteamiento holístico.

Los principios fundamentales en materia de discapacidad son dignidad, autonomía e independencia, no discriminación, participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana y la igualdad de oportunidades. Por tanto, dignidad e igualdad serán los ejes del convenio.

Junto a los principios, la Convención reconoce derechos sustantivos como el derecho a la educación, el derecho al empleo o el derecho a la salud, entre otros, cuyo contenido se sustenta en el principio de no discriminación. De esta forma, la cláusula antidiscriminatoria y de igualdad de oportunidades alcanza un contenido concreto sustantivo a través de estos derechos. Junto a éstos y otros derechos expresamente reconocidos como tales, como el derecho a la vida, la Convención proclama la accesibilidad universal (art. 9), la movilidad personal (art. 20), o la habilitación y rehabilitación (art. 26), sin emplear el término derecho, lo que ha dado lugar diferentes interpretaciones sobre si realmente éstos constituyen o no derechos humanos específicos de las personas con discapacidad, imponiéndose la interpretación favorable a su configuración como derechos humanos específicos. En cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales la Convención, en un ejercicio de pragmatismo y realismo, impone a los Estados obligaciones de carácter progresivo.

Sin pretender aquí un análisis pormenorizado de este texto normativo, verdaderamente pilar del Derecho de la Discapacidad, sí al menos dejar constancia de que junto al amplio elenco de derechos, el texto cuenta con otro tipo de preceptos instrumentales, como las obligaciones de estudio y estadística, la cooperación internacional como mecanismo para promover la efectividad del cumplimiento de las obligaciones asumidas o, finalmente, los mecanismos de control y supervisión de la aplicación del mismo.

IV. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO Y EUROPEO

1. El Consejo de Europa

El Consejo de Europa, como organización intergubernamental europea, nacida para la defensa y tutela de los Derechos Humanos, la democracia y el Estado de Derecho en Europa, ha experimentado una evolución similar a la ONU en relación a la discapacidad en lo que se refiere al punto de partida y la situación actual, partiendo de los planteamientos eugenésicos y de invisibilidad, pasando por el tratamiento tutelar asistencial, hasta llegar a conformar un modelo social de discapacidad. No obstante, las vicisitudes normativas (el recorrido) han sido muy distintas, en la medida en que el cambio de planteamientos político-jurídicos en relación a la discapacidad se ha desarrollado en el Consejo de Europa a partir de los textos sobre derechos sociales, antes que sobre derechos humanos y derechos civiles y políticos, como hemos visto en NNUU.

Sus principales instrumentos normativos son el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y la Carta Social Europea de 1961, revisada en 1996. El Consejo de Europa también ha promovido la adopción de otros instrumentos y tratados dirigidos a proteger determinados grupos de personas; sin embargo, ninguno de éstos se refiere de forma específica a las personas con discapacidad.

Refiriéndonos en primer lugar la CEDH, llama la atención que no contiene ninguna referencia expresa a la discapacidad, con la excepción, podemos entender, del artículo 5. 1 e) que se referiría a la discapacidad mental, cuando emplea el término “los enajenados”. Precepto que alude a un tipo

de discapacidad con el único objeto de exceptuar –en caso de internamiento– a estas personas –junto con otros colectivos como los toxicómanos, alcohólicos o vagabundos– del derecho a la libertad. Ciertamente que la jurisprudencia del TEDH ha matizado y limitado mucho la libertad de los Estados en orden a la privación de libertad de estas personas (internamiento forzoso que ha de ser necesario, limitado en el tiempo e informado), pero no podemos sino concluir que este texto de 1950 ha quedado anclado en el modelo de marginación, al menos en relación con la discapacidad mental. Ciertamente otros preceptos, como el art. 14 que proclama el derecho a la no discriminación, por su naturaleza transversal, pueden tener proyección sobre la discapacidad, pese a que, entre las causas prohibidas, no la menciona expresamente y, por tanto, ha de ser incluida en la cláusula genérica "o cualquier otra situación". En contraste, la jurisprudencia del TEDH ha sido decisiva en orden a proteger los derechos de estas personas, así, por ejemplo, en relación con el artículo 3 artículo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, que, en caso de una detención legalmente justificada, la ausencia de unos servicios adecuados para atender a las necesidades especiales de estas personas puede constituir un trato degradante y por tanto una violación del artículo 3. Igualmente el TEDH ha posibilitado también la tutela de la discapacidad en aplicación del art. 8 (respeto a la vida privada y familiar de toda persona), a partir de los conceptos de "autonomía personal" y "calidad de vida" que el Tribunal Europeo introdujo en el caso Pretty, planteando incluso la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción positiva o la realización de ajustes razonables que permitan a una persona con discapacidad el pleno disfrute de su vida privada y familiar. Es evidente que la meritoria jurisprudencia del TEDH ha ido mucho más lejos que el Convenio, superando una interpretación literal y obsoleta, siendo criticable la falta de actualización del CEDH en relación con la discapacidad; anacronismo no ha sido enmendado en los sucesivos Protocolos, ni tan siquiera en el número 11, cuyo art. 1 garantiza el goce sin discriminación de todos los derechos de la Convención, y que sigue sin mencionar la discapacidad. El TEDH ha llevado a cabo una interpretación dinámica del mismo más ajustada a la realidad, que, aun parcialmente, ha dado como resultado una aplicación a la discapacidad de algunos derechos –mayoritariamente civiles y políticos– reconocidos con carácter genérico en el mismo. Especialmente polémico ha sido el tema relativo al derecho a la libertad y derecho a la familia, en concreto en relación con los derechos reproductivos, que se planteó ante TEDH por grupos de derechos humanos unidos contra la esterilización forzada de las mujeres con discapacidad en Francia. En agosto de 2011 presentaron observaciones por escrito al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Gauer y otros contra Francia*, relativo a un caso en el que cinco jóvenes mujeres con discapacidad mental fueron esterilizadas sin su conocimiento o consentimiento y en el que los demandantes alegaron que sus derechos a la vida familiar, a casarse y a estar libre de un trato degradante y de discriminación consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos habían sido violados.

Se debe, en gran parte, a la jurisprudencia del TEDH que el Consejo de Europa cuente hoy con un tratamiento actualizado de la discapacidad en el ámbito de los derechos civiles y políticos, reconociendo que las personas con discapacidad tienen derecho a la independencia, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. Por tanto, pese a las conclusiones críticas a las que hemos llegado respecto a la CEDH, las mismas han de ser matizadas a la luz de la labor interpretativa del TEDH. Y ello sin perjuicio de considerar que la CEDH no ha dado visibilidad ni especificidad alguna a la discapacidad y no ha reconocido la necesidad de una intervención compensadora, propia del modelo social.

En contraste, la Carta Social Europea –primer tratado internacional sobre los denominados derechos humanos de segunda generación– contiene, incluso ya en su primera redacción, antes de su revisión en 1996, menciones expresas a la discapacidad (arts. 9 y 10 orientación y formación profesional), siendo el artículo 15 –en su versión de 1961– el que más específicamente se refería al derecho a la formación y readaptación profesional de estas personas en los siguientes términos:

"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, las partes contratantes se comprometen:

1. A tomar las medidas adecuadas para procurar a los interesados medios para su formación profesional e incluso, si fuese necesario, las oportunas instituciones especializadas, ya sean privadas o públicas.

2. A adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación".

Precepto que, más allá de la terminología propia de su época (minusválido, inválido, disminuido), traducía una especial consideración de la discapacidad –y la desventaja que ella comporta– en el mercado de trabajo y ya obligaba a los Estados a adoptar medidas de inserción laboral a través de las dos opciones –empleo protegido/empleo ordinario–, sin llegar a establecer la preferencia por el empleo ordinario. Pese al contenido limitado del precepto, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha realizado una labor de interpretación amplia, propia del modelo social de discapacidad.

La Carta Social Revisada, en lo que aquí interesa, lo cierto es que, en el campo de los derechos sociales, –pendiente de ratificación por nuestro país– es un texto avanzado que se anticipa a la Convención de Naciones Unidas. El primer cambio se encuentra en el párrafo primero del art. 15, que aunque continua regulando el derecho a la orientación, educación y formación profesional de las personas con discapacidad, sin embargo, añade, como novedad, que el mismo, cuando sea posible, deberá llevarse a cabo en el marco del régimen general o no diferenciado (preferencia por un sistema sin segregación). El segundo cambio (pfo. 2º), en la misma línea que el anterior, opta preferentemente por las medidas de inserción laboral en el empleo ordinario a través del estímulo a los empleadores y la adaptación de las condiciones de trabajo a sus necesidades particulares; y solo subsidiariamente, cuando ello no sea posible, se contempla el empleo protegido. El párrafo tercero , que se incorpora *ex novo,* con el objeto de promover la plena integración y participación de las personas con discapacidad, obliga a los Estados a adoptar medidas que permitan superar las barreras en la comunicación y la movilidad, así como el acceso al transporte, la vivienda, la cultura y el ocio. Por tanto, podemos concluir que el Consejo de Europa asumió una nueva orientación sobre la discapacidad a partir de la Carta Social Revisada, pero que dicho paradigma u opción político-jurídica normalizadora y compensadora se ha desarrollado sobre todo en el campo de los derechos sociales, en contraste con los derechos civiles y políticos, debido el anacronismo de la CEDH, que sólo de forma muy deficiente ha subsanado el TEDH.

Junto a estos instrumentos normativos y su correspondiente jurisprudencia, es de gran importancia la adopción de planes de actuación para los Estados, destacando en este ámbito el *·Plan de acción para promover los derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015*, en el que el Consejo de Europa estableció medidas específicas destinadas a ser aplicadas por los Estados miembros en las esferas de la participación en la vida política y pública, la educación, la atención sanitaria, o de conciencia. Plan que contemplaba ya medidas diferenciadas por colectivos dentro del campo de la discapacidad: las mujeres y las niñas con discapacidad, los niños con discapacidad, las personas con alta necesidad de apoyo, el envejecimiento y las personas con discapacidad pertenecientes a las minorías. Este plan se configuró como un instrumento político orientado a apoyar a los Estados

miembros a poner en práctica la Convención de Naciones Unidas, integrando la discapacidad en todos los ámbitos de la política de los Estados miembros del Consejo de Europa.

2. La Unión Europea

La larga evolución experimentada por la originaria CEE, caracterizada por la constante expansión territorial y de sus propios objetivos originarios –además del proceso de unificación institucional de las tres organizaciones, CEE, CECA y EURATOM– ha determinado la aparición de un espacio de derechos humanos en el seno de una organización que nació con fines de cooperación económica. Es por ello que el Tratado constitutivo de la CEE no preveía competencia alguna en materia de derechos humanos y tampoco en materia de discapacidad.

Hasta el momento presente, la UE cuenta con instrumentos normativos de gran importancia en materia de discapacidad, fundamentalmente, la Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un margo general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el Reglamento 1107/2006 del derecho de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, además de programas de acción y otros instrumentos *soft*- ha transcurrido un largo proceso de evolución. Y merece la pena esbozar muy brevemente cuáles han sido los hitos fundamentales, pues es a través de ese análisis como se pueden evidenciar los matices propios del tratamiento de la discapacidad en el ordenamiento de la UE.

El punto de partida hemos de situarlo en el Tratado de la CEE –arts. 117 y 125–, a partir de cuya limitada atribución competencial la CEE comenzó a adoptar algunas iniciativas referidas a las personas con minusvalía, dentro de las políticas sociales. Todas ellas, respondían al paradigma asistencial, bajo el que latía una concepción de la "minusvalía" como una desviación de la normalidad. En este contexto, las primeras medidas se centraron desde un primer momento en el ámbito socio laboral, en el que han permanecido hasta entrado este siglo, momento en que ha terminado por imponerse la perspectiva transversal de la igualdad de oportunidades y no discriminación. En primer lugar se adoptó la Resolución del Consejo de 21 de mayo de 1974, relativa al programa de Acción Social, donde se hacían algunas referencias –mínimas– a los discapacitados en relación con el objetivo del pleno y mejor empleo, instando a "iniciar la realización de un programa para la reintegración profesional y social de los minusválidos". Y, en efecto se aprobó, unos meses después, el primer Programa de Acción Comunitario para la readaptación profesional de los minusválidos, anclado aún en una concepción de la misma que parte de considerarla una desviación de la normalidad, siendo la rehabilitación un mecanismo para compensar dicha desviación y situar la discapacidad lo más cerca posible de la "normalidad".

En 1981, con motivo del Año Internacional de las Personas con discapacidad, de Naciones Unidas, el Parlamento Europeo adoptó la Resolución sobre la integración económica, social y profesional de los minusválidos en la CEE, de 11 de mayo de 1981, que apelaba a la Comisión para que en la acción comunitaria se incluyeran acciones dirigidas a aligerar las dificultades de las personas con discapacidad y a ayudarlas a llevar una vida lo más completa posible. Además, apelaba a la Comisión a elaborar propuestas de directivas con modelos, principios y derechos y obligaciones de estas personas en los Estados miembros. Pocos meses después la Comisión dirigió al Consejo la Comunicación sobre las líneas directrices de la acción comunitaria para la inserción social de los minusválidos. El objetivo fue la inserción social plena y a tal efecto se propugnaba la supresión de todos los obstáculos que les apartan de la vida de su comunidad, a cuyo efecto, afirmaba el texto, no sólo se han de adoptar medidas de compensación, sino que se han de considerar sus necesidades específicas en la organización de las estructuras sociales que influyen en su marco de vida, de

aprendizaje y trabajo. Por tanto, se puede afirmar que estas líneas directrices marcan el momento en el que se gestó un cambio de paradigma, desde el modelo asistencial al normalizador.

En1986 el Consejo adoptó la Recomendación de 24 de julio sobre el empleo de los minusválidos en la Comunidad Europea. Se abandonó la idea de adoptar una Directiva específica y se invitaba a los Estados a adoptar medidas que garanticen un trato equitativo en materia de empleo y formación profesional (formación inicial y primer empleo y mantenimiento y promoción en el mismo). Entre las medidas concretas que se recomienda adoptar a los Estados destaca la eliminación de toda forma de discriminación negativa y la realización de acciones positivas. A lo largo de 1987 se sucedieron otras Resoluciones del Parlamento y acciones del Consejo en materias tales como transporte, lenguajes gestuales para sordos e integración de los niños disminuidos en escuelas ordinarias.

En 1988, mediante Decisión del Consejo de 18 de abril, se aprobó el Programa de Acción de la Comunidad en favor de los minusválidos (HELIOS), con objetivos muy amplios y nuevos, ya que, más allá de la rehabilitación profesional, pretendía la integración económica y social de estas personas y apoyar que puedan llevar una vida autónoma. El 9 de diciembre de 1989 se adoptó por los jefes de Estado y de Gobierno la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, como declaración política al máximo nivel. En el Punto 26 se reconoce el derecho de todo minusválido a beneficiarse de medidas adicionales y concretas para favorecer su integración profesional y social, referentes particularmente a la formación profesional, ergonomía, accesibilidad, movilidad, medios de transporte y vivienda.

En la década de los noventa, por influencia de NNUU, se produce en la Comunidad un giro en el tratamiento de la discapacidad hacia la perspectiva más amplia de los derechos humanos. En 1990 se adoptó por el Consejo la Resolución de integración de niños y jóvenes minusválidos en los sistemas educativos ordinarios y se aprobó la primera iniciativa HORIZON con la previsión de fomentar medidas de integración en los Estados mediante financiación de acciones para el acceso al mercado de trabajo para personas con discapacidad y otros colectivos desfavorecidos. En 1992 el Parlamento adoptó la Resolución sobre derechos de los deficientes mentales, en la que se afirma que la incapacidad para el consentimiento no debe conducir automáticamente a la pérdida de los derechos civiles y que contempla previsiones en el ámbito de los derechos civiles, formación, educación, trabajo, seguridad social y asistencia. En 1993, por Decisión de 15 de febrero del Consejo, se adoptó el Programa Helios II para los años 1993-1996, tercer programa de acción, más avanzado que los anteriores al incluir ya un concepto de discapacidad más acorde con la clasificación vigente en dicho momento en la OMS; además, se incluye la participación de las organizaciones no gubernamentales como aspecto relevante de la integración y se creó el Foro Europeo de la Discapacidad como órgano consultivo de la Comisión en el marco del programa y que hoy es referente en el ámbito de las políticas de la UE en materia de discapacidad.

En los años 1993 y 1994, tanto el Libro Verde de la Comisión sobre política social europea de 17 de noviembre de 1993, como el Libro Blanco sobre política social europea de 27 de julio de 1994, incluyen escasas referencias específicas a la discapacidad, lo que pone de manifiesto el progresivo desgaje de la discapacidad respecto a las políticas sociales, a la vez que la adopción de un enfoque más global, de derechos humanos; lo que es especialmente visible en el punto 2 del Libro Blanco, que se refiere a la necesidad de incorporar el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades. Y siguiendo este criterio en 1995 se aprobó por el Parlamento Europeo, la Resolución de 14 de diciembre de 1995, sobre derechos fundamentales de los minusválidos, en el que se reconoce que la discriminación por razón de discapacidad produce una violación de los derechos humanos, afirma la existencia de formas de discriminación indirecta y anuncia la necesidad de, ante la próxima revisión del Tratado de la CEE, incluir una cláusula antidiscriminatoria especifica por razón de discapacidad.

Profundizando en esta línea, la Comisión aprobó la Comunicación de 30 de julio de 1996, sobre igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía, en la que anuncia una estrategia comunitaria basada en las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre igualdad de oportunidades y ejercicio efectivo de derechos, asumiendo así un enfoque de la discapacidad de derechos humanos y, lo que es más importante, afirmando la existencia de un problema en la sociedad (no de este colectivo) que crea barreras y estructuras que impiden la ciudadanía plena a las personas con minusvalías. De su contenido, es especialmente relevante la exigencia de leyes que prohíban la discriminación tanto en la esfera pública como en el empleo. Como consecuencia, se adoptó el 20 de diciembre de 1996 la Resolución del Consejo y los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros por la que se asume la igualdad de oportunidades y no discriminación como fundamento de todas las políticas sobre discapacidad.

La ampliación competencial operada con el Tratado de Ámsterdam en 1997 –con la modificación del art. 13 del TCEE– incluyendo una referencia expresa a la discapacidad, abría las puertas a la intervención normativa del Consejo. A lo largo de 1999 y 2000 se adoptaron diferentes instrumentos, dando impulso a las acciones por la igualdad de oportunidades, hasta adoptarse en el año 2000 la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo cuyo art 1 dispone: *"La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para la lucha 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"*. Instrumento normativo vinculante que ha tenido un importante impacto en los ordenamientos nacionales en materia de discapacidad, directamente a través de su obligada transposición, pero también como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE a lo largo de estos veinte años de su adopción. Es importante señalar que el art. 2 define la igualdad de trato como ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, basada en cualquiera de los motivos enumerados en el art. 1, procediendo también a establecer el concepto de estas dos formas de discriminación. El apartado ii) del art. 2.2 exceptúa de la consideración de discriminación indirecta respecto a las personas "con una discapacidad determinada" que el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique la Directiva esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el art. 5 (ajustes razonables, salvo que supongan una "carga excesiva para el empresario)

También en el año 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE –Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000–, que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, forma parte integrante del bloque normativo reconocido como Constitución material de la UE, junto a los Tratados, establece en el artículo 21 la prohibición de discriminación, entre otras causas, por discapacidad y en el art. 26 reconoce el derecho de estas personas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Se ha de recordar que el TFUE, art. 19, contempla competencias normativas en materia de lucha contra la discriminación, entre otras, por causa de discapacidad así como la adopción de medidas de apoyo. Igualmente relevante es tener en cuenta que la UE firmó el 30 de marzo de 2007 la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad de NNUU, siendo la primera firma de la UE de un Tratado de Derechos Humanos (además del mandato de adhesión al CEDH previsto en el art. 6 del TUE). La convergencia del ordenamiento de la UE con el sistema de derechos humanos de NNUU es plena. Además, el Derecho de la Unión Europea, en relación con nuestro ordenamiento interno, viene a reforzar las obligaciones asumidas en este terreno por el Estado español con la ratificación de dicho tratado.

El matiz o particularidad fundamental que incorpora el ordenamiento de la UE, respecto al del NNUU, es el mayor peso o desarrollo de las normas sobre inserción socio-laboral, la intensa proyección del derecho anti discriminatorio en materia de discapacidad, así como la labor del TJUE en la interpretación del ordenamiento español a la luz del ordenamiento de la UE, especialmente activo en este campo. Por ello y sin perjuicio de la transposición de la Directiva 200/78/CE, tienen gran relevancia los pronunciamientos del TJUE –particularmente en procedimiento prejudicial– en relación con la no discriminación de las personas con discapacidad en materia laboral. Solo a título ilustrativo, recientemente, la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (nº C-397/18), en relación con la igualdad de trato en el empleo y la ocupación –art. 2, apartado 2), letra b, inciso ii)– y los ajustes razonables para personas con discapacidad (art. 5), analiza un despido por causas objetivas basado en criterios de productividad, polivalencia y absentismo, a la luz de lo dispuesto en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales –art. 25 de protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos–, en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social , especialmente el artículo 40 sobre la obligación de adoptar medidas adecuadas para la adaptación al puesto de trabajo y accesibilidad a la empresa y la noción de "cargas excesivas"; y a la vista de lo dispuesto en el ET –art. 53.4 ET -nulidad de la decisión extintiva basada en motivos discriminatorios–. Ante un despido por productividad inferior al 95%, menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y mayor índice de absentismo, el TJUE responde a las cuestiones planteadas que las personas calificadas formalmente como especialmente sensibles a determinados riesgos derivados del trabajo –lo que implica que no puedan desempeñar determinados puestos de trabajo– pueden ser consideradas incluidas en el concepto de discapacidad, ya que éste no solo abarca a discapacidades de nacimiento o debidas a accidentes, excluyendo las causadas por enfermedad. Por contra, la discapacidad según el TJUE se refiere a un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no imposibilidad de trabajar; por tanto, el estado de una persona con discapacidad que pueda trabajar, aunque solo sea a tiempo parcial, puede entrar en dentro del concepto de la directiva. No obstante, según el TJUE, ello no significa que el mero hecho de que se reconozca a una persona la condición de trabajador especialmente sensible a los riesgos derivados del trabajo, en el sentido del Derecho nacional, comporte, de por sí, que esa persona tenga una "discapacidad" en el sentido de la Directiva 2000/78. O, dicho de otra manera, los requisitos del art. 25 de la Ley 32/1995,de Prevención de Riesgos Laborales, que definen el trabajador especialmente sensible, no son idénticos a los que se derivan de la Directiva, por lo que el órgano jurisdiccional remitente es quien ha de verificar si en el caso concreto se dan los requisitos que el propio TJUE menciona en el apartado 41 de la Sentencia, según el que "discapacidad" en el sentido de la Directiva exige la existencia de una limitación de capacidad derivada, en particular, de dolencias físicas mentales o psíquicas a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir la participación plena y efectiva de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Y si realmente el órgano jurisdiccional nacional considera que se trata de una persona con discapacidad en el sentido de la Directiva, entonces se ha de valorar que existe –según el TJUE– discriminación indirecta en los tres motivos en que se ha basado la selección de los trabajadores afectados por el despido para el ajuste de plantilla (menor productividad, menor polivalencia y mayor absentismo), salvo que la empresa haya realizado respecto a la trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos, previamente "ajustes razonables" en el sentido del art. 5 de la Directiva, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. Más allá de la relevancia de esta sentencia en concreto, lo que se pretende con estas reflexiones es poner de manifiesto la importancia de este constante diálogo, a través de la intervención del TJUE, entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento interno.

V. EL ORDENAMIENTO INTERNO

1. Marco jurídico general: Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

El marco jurídico interno en materia de discapacidad está constituido por un vasto complejo de normas de rango legal y reglamentario, estatal y autonómico, cuya ubicación desde un punto de vista sistemático en cualquiera de los sectores tradicionales del ordenamiento jurídico no es fácil, ya que dicho conjunto normativo penetra prácticamente todas las ramas del Derecho. Además de su entidad cuantitativa, se caracteriza por constituir un subsector del ordenamiento de carácter horizontal o trasversal, lo que hace que abarque instituciones de prácticamente todos los sectores, adaptándolos a la realidad de la discapacidad en el conjunto de relaciones sociales, según principios orientadores propios, que se separan de los previstos con carácter general o indiferenciado en las distintas instituciones, a las que modaliza o que adapta a la realidad de la discapacidad. Por ello, consideramos que al tratarse de un conjunto normativo, con un objeto específico (la discapacidad), cuantitativamente amplio y cualitativamente específico, pues cuenta con principios ordenadores propios, se puede convenir que estamos ante una rama o subsector diferenciado, aun de corta trayectoria, al menos en términos relativos.

Un elemento clave en la conformación de este subsector y que sustenta un verdadero sistema jurídico propio es la existencia una norma general y conformadora del tratamiento jurídico de la discapacidad en todas las ramas del derecho, nos referimos al vigente Texto Refundido Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre –en adelante, LDPD–.

Esta Ley vino a unificar, actualizar y armonizar, siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (Ley 51/2003) y la Ley por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad (Ley 49/2007). Hay tres elementos claves que definen el paradigma de discapacidad adoptado por la LDPD y que, además de deducirse de su contenido, están expresados en su Preámbulo:

En primer lugar, se adopta un modelo social de discapacidad, que reconoce que las dificultades que sufre este grupo están en la sociedad y no en estas personas. Concretamente, en el párrafo primero cuando declara que: "*Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal, así como el disfrute de los recursos y servicios disponibles para toda la población y la posibilidad de contribuir con sus capacidades al progreso de la sociedad"*.

En segundo lugar, se opta por una respuesta desde la perspectiva de los derechos humanos, al afirmar que el *"anhelo de una vida plena y la necesidad de realización personal mueven a todas las personas, pero esas aspiraciones no pueden ser satisfechas si se hallan restringidos o ignorados los derechos a la libertad, la igualdad y la dignidad"*. Por tanto, libertad, igualad y dignidad serán los referentes en el tratamiento de la discapacidad, en clave de derechos humanos de la Convención.

En tercer lugar, reconoce la realidad discriminatoria y afirma la necesidad de una intervención pública –y especialmente legislativa– que promueva la igualdad de oportunidades

efectiva. Expresamente declara en su Preámbulo que *"existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos"*. Lo que requiere la implicación de todos, ciudadanos, organizaciones y del legislador. Perspectiva anti discriminatoria en la que ha incidido más del Derecho de la UE.

Ciertamente que no es ésta la primera norma específica sobre discapacidad en nuestro país, siendo obligado hacer referencia a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración de los minusválidos –LISMI–, que tuvo el mérito de ser la primera ley aprobada en España dirigida a regular la atención y los apoyos a las personas con discapacidad y sus familias, en el marco de los artículos 9, 10, 14 y 49 de la Constitución. La LISMI expresaba la voluntad legal de prestar una tutela específica a estas personas, considerando que la garantía de sus derechos requería de ayudas técnicas y servicios especializados y, en definitiva, la adopción de medidas positivas. A tal efecto reguló un sistema de prestaciones económicas y servicios, medidas de integración laboral, de accesibilidad y subsidios económicos. No obstante, podemos decir que esta norma, sin duda avanzada en su época, se sitúa más en la lógica de los derechos económicos y sociales y en la perspectiva asistencial que adoptó en esos momentos tanto en el Consejo de Europa, como la Comunidad Europea.

Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, dio un nuevo impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad y traspasó los límites del ámbito socio-laboral. Esta norma, a diferencia de la LISMI que aún seguía en vigor, se centró en dos aspectos, la eliminación de toda forma de discriminación y la accesibilidad universal. Es una norma, sin duda de transposición, lo que se deja entrever en su exposición de motivos, invocando el artículo 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que habilita al Consejo para «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 aludiendo a la Directiva 2000/43/CE, relativa al principio de igualdad trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual y la Directiva 2002/73/CE para la igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En relación a la accesibilidad, la ley acogía un concepto que venía siendo defendido por movimientos sociales de personas con discapacidad, organismos internacionales y expertos en favor del modelo de «vida independiente». que en un principio demandaba "entornos más practicables", posteriormente, un «diseño para todos» y, finalmente, la «accesibilidad universal» como condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, preveía el establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones que se llevó a cabo con 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. Posteriormente, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), fue ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008. Y este hecho precipitó la necesidad de un nuevo texto sobre discapacidad, viniendo impuesta la labor de refundición, "regularizando, aclarando y armonizando las leyes anteriores", por la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de

diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Es por ello que el TRLDPD ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional, tanto en la definición de los principios informadores de la ley, como en su contenido y estructura, dedicando un capítulo específico a determinados derechos de las personas con discapacidad y reconociendo expresamente que el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones. Por tanto, se trata de algo más que una mera labor de refundición.

La ley se estructura en un título preliminar y otros tres títulos, cuatro disposiciones adicionales y trece disposiciones finales.

El título preliminar contiene las disposiciones generales de la ley, que se refieren a su objeto (art. 1), al ámbito subjetivo –quiénes son los titulares de los derechos, art. 4– y a los principios que la inspiran (art. 3). Además, establece una amplia relación de conceptos legales relacionados con la discapacidad, en total catorce (art. 2), siendo ésta una herramienta técnica de gran relevancia en orden a la interpretación del texto legal, contribuyendo a la tutela de la seguridad jurídica. También regula este título preliminar los ámbitos a los que son aplicables las medidas contenidas en la ley, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, de acuerdo con el principio de transversalidad de las políticas en materia de discapacidad:

a) Telecomunicaciones y sociedad de la información.

b) Espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación.

c) Transportes.

d) Bienes y servicios a disposición del público.

e) Relación con las Administraciones públicas.

f) Administración de justicia.

g) Patrimonio cultural, de conformidad con lo previsto en la legislación de patrimonio histórico.

El artículo 6, relativo al respeto de la autonomía de las personas con discapacidad, cierra este título y se trata de un precepto de gran relevancia desde la perspectiva de los derechos humanos, al garantizar la libertad de toma de decisiones con garantías, en formatos adecuados y según circunstancias personales.

El título I, regula los derechos y obligaciones en materia de discapacidad, siendo el primero de ellos el derecho a la igualdad de oportunidades, que más adelante es objeto de desarrollo a lo largo de todo el título II. Este amplio título de la ley se compone de 9 capítulos que regulan derechos de las personas con discapacidad en diferentes ámbitos: sistema de prestaciones sociales y económicas (capítulo 1º), derecho a la protección de la salud (capítulo 2º), derecho a la atención integral (capítulo 3º), derecho a la educación (capítulo 4ª), derecho a la vida independiente –en el que se incluyen derechos de accesibilidad, en la edificación, transporte, relaciones con las Administraciones Públicas y medias de acción positiva en estos ámbitos– (capítulo 5ª), derecho al trabajo (capítulo 6º) que con doce artículos contiene la normativa básica en esta materia y que sistemáticamente se estructura en disposiciones generales –que contiene las garantías del derecho al trabajo conforme a la igualdad de

oportunidades y no discriminación– los tipos de empleo (ordinario, protegido, autónomo y empleo público), la orientación, colocación y registro de estos trabajadores y ayudas a la generación de empleo para estas personas. El capítulo 7º regula el derecho a la protección social, el capítulo 8º el derecho a la participación en asuntos públicos y el capítulo 9º las obligaciones de las Administraciones Públicas

De este capítulo 6º interesa destacar, en la perspectiva de estudio objeto de este trabajo, que el artículo 35.2 establece una relación de complementariedad entre esta norma y el ordenamiento laboral –legislación laboral y legislación de empleo–. En efecto el precepto dispone que: "*La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta "*. Este cambio de perspectiva en relación a la tradicional relación de supletoriedad de las normas de discapacidad respecto a las laborales, determina que, lógicamente, esa normativa específica laboral y de empleo en ningún caso podrá contradecir lo dispuesto en la LDPD, si bien es cierto que el vigente Texto Refundido de LDPD viene a recoger las instituciones básicas consolidadas dentro del ordenamiento laboral, incluyendo la preferencia por el empleo ordinario. Desde un punto de vista técnico-jurídico la LDPD supone un avance en la consecución de una mejor sistemática y desde un punto de vista político-jurídico, igualmente la norma supone un avance importante en la implantación de una lógica reguladora transversal unitaria. Ello no supone la pérdida de relevancia de la integración socio-laboral –que sigue siendo uno de los núcleos duros de las políticas de normalización– y es que se ha de dejar constancia del hecho de que durante un largo período, el empleo, la protección social y las prestaciones sanitarias y asistenciales eran los campos de intervención normativa más importantes –o únicos– en relación con la discapacidad. Al ampliarse la proyección normativa hacia un sistema integral y transversal, que impone el ordenamiento internacional, es lógico que la normativa laboral y de empleo también se integre en él, funcionando como sistemas normativos complementarios. No obstante, el régimen sancionador sigue otra lógica, ya que en lugar de aplicarse el Título III de la LDPD, según establece la disposición adicional séptima de esta ley, "*Las infracciones y sanciones en el orden social en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad seguirán rigiéndose por el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto"*. Por tanto cuando se trate de una infracción propia del orden social se aplicará el régimen sancionador previsto en el TRLISOS.

El Título II regula *in extenso* el derecho a la igualdad de oportunidades y no discriminación. En el capítulo primero define la vulneración del mismo, sus garantías y medidas contra la discriminación y medidas positivas y sus respectivos contenidos. El capítulo 2ª distingue dos tipos de medidas adicionales para llevar a cabo una política de equiparación a adoptar por los poderes públicos: de fomento (sensibilización y formación, calidad, innovación, desarrollo, participación, programas de accesibilidad y de no discriminación) y de defensa (recurso al arbitraje para dirimir la resolución de conflictos por discriminación, protección judicial adecuada que contemple la adopción de las medidas necesarias para poner fin a la vulneración del derecho y restablecer al perjudicado en el ejercicio de aquél y criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes).

Finalmente, el Título III regula las infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación y accesibilidad universal, al que siguen doce disposiciones adicionales, una transitoria y una final.

A partir de esta norma general, nuestro ordenamiento cuenta con instituciones y previsiones específicas para la discapacidad en prácticamente todas sus ramas, las cuales serán tratadas en los sucesivos capítulos de esta obra. No obstante, y sólo con la finalidad de presentar un mapa, a modo de visión general, hacemos en el siguiente apartado una mención de las principales, con el objeto, no sólo de dar cuenta de ello sino de ilustrar y reforzar nuestra consideración del Derecho de la Discapacidad hoy como un naciente sector del ordenamiento jurídico, entre las denominadas ramas horizontales o transversales.

2. Aproximación al tratamiento de la discapacidad en las ramas del Derecho

En este apartado nos vamos a limitar, solo con la finalidad que se acaba de señalar, a hacer una breve alusión, a modo de recapitulación de regulaciones específicas sobre discapacidad en los diferentes sectores del ordenamiento. Ya que su estudio propiamente dicho será analizado con la profundidad que se requiere a lo largo de los sucesivos capítulos de esta obra.

2.1. La discapacidad en el ordenamiento laboral y del empleo

El ordenamiento laboral es quizá uno de sus sectores donde la discapacidad recibe un tratamiento jurídico diferenciado de forma más intensa, a lo que, sin duda, ha contribuido la impronta socio-laboral del ordenamiento comunitario y europeo. Comenzando con el Estatuto de los Trabajadores –Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores–. Así, el art. 2, prevé la regulación mediante Real Decreto de una relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y el art. 4.2 c) –entre los derechos en la relación de trabajo– reconoce expresamente el derecho a la no discriminación por razón de discapacidad "siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate". El artículo 17 sobre no discriminación en las relaciones laborales, establece en su apartado 2 que "podrán establecerse por ley exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente", y en el apartado 3 se permite también al Gobierno la adopción de medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo que tengan por objeto facilitar la colocación de trabajadores en paro, así como otorgar subvenciones, desgravaciones y otras medidas para fomentar el empleo de grupos específicos con especiales dificultades de acceder al empleo –medidas que se orientarán prioritariamente a fomentar el empleo estable y la conversión de contratos temporales en contratos por tiempo indefinido–. Previsiones que nos remiten a la obligación de reserva del 2% de la plantilla en empresas de más de 50 trabajadores –prevista primero por la LISMI y actualmente por la LDPD– y a un amplio conjunto de normas de rango legal y reglamentario en materia de medidas de fomento de empleo e incentivos a la contratación de personas con discapacidad. También prevé el ET, entre los poderes de dirección y control de la actividad laboral, que el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado para justificar faltas de asistencia, mediante reconocimiento a cargo de personal médico –art. 20.3–; en la ordenación del tiempo de trabajo el ET reconoce el derecho a reducción de jornada (entre 1/8 y 1/2) con reducción proporcional de salario para cuidado de persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida –art. 37.6–. En el ámbito de los derechos de conciliación se reconoce el derecho a la excedencia (con reserva del puesto de trabajo el primer año y reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional en el segundo año) para atender a familiares hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.3) También en caso de extinción de la situación de incapacidad temporal con declaración de incapacidad permanente (total, absoluta o gran invalidez), se prevé la no extinción del contrato, optando por el mantenimiento del vínculo contractual, que se mantendrá en suspenso hasta un máximo de dos años con derecho de reserva del puesto de trabajo, cuando a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad

vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo (art. 48.2). También se contempla la discapacidad en materia de extinción del contrato de trabajo –art. 49.1 e), despido objetivo -aunque se ha suprimido el absentismo laboral mediante RDL 4/2020, tiene especial incidencia en la discapacidad la ineptitud sobrevenida con posterioridad a su colocación–. Junto al l ET, otras normas laborales contienen referencias a la discapacidad (Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, RD Legislativo 5/2000, Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal, Ley 23/2015, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Ley 30/2015, reguladora del Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral... , entre otras. Sin embargo, merece especial mención la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que, en lo fundamental regula en el artículo 25 la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, haciendo también referencia a la discapacidad física, psíquica o sensorial a efectos de evaluación de riesgos, adopción de medidas preventivas específicas y asignación de puestos de trabajo.

Finalmente, dentro del amplio subsector del Derecho del Empleo, la discapacidad es contemplada prácticamente en todas y cada una de las normas e instituciones en este ámbito y no sólo en el del fomento del empleo. En primer lugar, la Ley de Empleo –texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2015–, se sustenta, como principio básico en la no discriminación y la igualdad de oportunidades efectiva en el ámbito del empleo, haciendo expresa referencia a la discapacidad –art. 2, apartado a) y d) en el que se refiere a políticas de integración de las personas con discapacidad y artículos 7.1 y 34–. El derecho a un itinerario individualizado de empleabilidad se reconoce a todo desempleado (art. 29), sin embrago, el enfoque personalizado se refuerza en relación a las personas con discapacidad (art. 28). Finalmente, las personas con discapacidad tienen reconocida la calificación legal, entre otros, de colectivo prioritario en el ámbito de las políticas de empleo. Aunque el empleo ordinario tiene carácter preferente, nuestro ordenamiento contempla como segunda opción el empleo protegido. Por esta razón, junto a la Ley de Empleo, son de especial relevancia el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral especial de minusválidos en centros especiales de empleo, el RD 2273/1985, de 4 de diciembre por el que se establece el reglamento de los centros especiales de empleo definidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos y el RD 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento de empleo.

Junto al empleo por cuenta ajena, también en el ámbito de las políticas de fomento del empleo, en relación con la promoción del autoempleo y el emprendimiento completa el sistema normativo de empleo la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. Y, finalmente, en el sector público, se contempla un régimen de acceso, pruebas, cuotas... específico, que regulan, fundamentalmente, la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y la Ley 30/1984, de medidas de reforma de la Función Pública.

2.2. Discapacidad, Seguridad Social y Protección Social (salud, dependencia, asistencia social, vivienda y educación)

Si en el ámbito laboral predomina la tutela del derecho al trabajo de las personas con discapacidad –acceso, formación, empleabilidad, contratación, mantenimiento del empleo y conciliación– en el ámbito de la Seguridad Social, en pura coherencia, se incorpora el derecho a la protección de las situaciones de necesidad derivadas de la discapacidad, tanto cuando la discapacidad sucede a una relación laboral previa –prestaciones contributivas de incapacidad permanente–, como cuando no preexiste relación previa o es insuficiente en orden a generar derecho a prestaciones contributivas –prestaciones no contributivas–. Es un régimen fundamentalmente prestacional

–prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social–, que atiende la imposibilidad de obtención de ingresos derivados del trabajo a causa de discapacidad y que regula la Ley General de Seguridad Social –texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre– en los artículos 193 y ss. –la prestación de IP contributiva– y los artículos 363 y ss. –las no contributivas–. Prestaciones que, en el ámbito de la previsión social privada, se complementan con el régimen previsto en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones –texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre– para el rescate del fondo en caso de discapacidad.

Más allá del sistema de Seguridad Social, la discapacidad encuentra también mecanismos de protección, con prestaciones económicas y de servicios, en el ámbito de la dependencia, cuyo régimen jurídico nos remite a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

En el ámbito del derecho a la salud, la discapacidad cuenta con tutela y una especial proyección en normas generales en este ámbito, fundamentalmente la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En la protección de la familia, igualmente se contempla la discapacidad en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Y en el ámbito del derecho a la vivienda, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, establece la aplicación de estas medidas sociales, entre los deudores especialmente vulnerables, a las familias que cuenten entre sus miembros con personas con discapacidad.

2.3. Discapacidad en la legislación civil

El Código Civil contempla la discapacidad fundamentalmente desde la perspectiva de la capacidad y aun cuando las instituciones fundamentales son heredadas del Derecho Romano, su contenido, ha cambiado profundamente en orden no solo a tutelar a las personas incapacitadas sino también a garantizar, según los grados, un margen de autodeterminación para estas personas. Concretamente, regulan la incapacitación los artículos 199 y ss. y la tutela, la curatela y la guarda de menores o incapacitados, los artículos 215 y ss. Igualmente adoptan esta perspectiva la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad y la Ley 15/2105, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. Sin ánimo de realizar una relación exhaustiva, también contemplan previsiones en relación a la discapacidad con la misma orientación tutelar la Ley 49/1960, de 21 de julio sobre propiedad horizontal, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, entre otras –como la Ley de protección del menor, legislación de protección de datos personales, Ley del notariado, Ley del registro civil...– .

2.4. La discapacidad en el ámbito penal

El ordenamiento penal ha venido adoptando una perspectiva de la discapacidad centrada en la incapacidad que puede acompañar –o no– a determinados tipos de discapacidad y en algún caso como agravante de determinados delitos. Sin embargo, tras la reforma de 2015, el Código Penal ha incorporado, junto al tratamiento clásico, los planteamientos ya consolidados tras la Convención y la LDPD. Concretamente el art. 25 establece: "*A los efectos de este Código se entiende por discapacidad*

aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Asimismo a los efectos de este Código, se entenderá por persona con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente".

Junto a la norma sustantiva, la norma procesal –LECr– incorpora igualmente esta perspectiva protectora de la discapacidad desde la igualdad y no discriminación. Y también en otras normas, como la Ley General Penitenciaria, la Ley del Estatuto de la Víctima del Delito, la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, la Ley del procedimiento de "Habeas Corpus" o el Código Penal Militar.

2.5. Discapacidad en el Derecho Financiero y Tributario

La discapacidad recibe un tratamiento jurídico específico también en el ámbito fiscal, partiendo de que la propia Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece que la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad (art. 3). Y ello se traslada al ámbito del régimen jurídico de los diferentes impuestos, contemplando un tratamiento específico de tutela de la discapacidad en el impuesto sobre la renta de las persona físicas, el impuesto de vehículos de tracción mecánica, impuesto sobre el valor añadido e IVA de vehículos para personas con discapacidad o impuesto de matriculación, impuesto sobre el patrimonio, impuesto de sociedades, impuesto de sucesiones y donaciones e impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. En relación con el asociacionismo de personas con discapacidad, tiene especial incidencia el régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo de carácter general.

2.6. Discapacidad y derechos políticos (asociacionismo, participación, sufragio)

En el campo de los derechos civiles y políticos la plena participación social ha sido una de las reivindicaciones más persistentes en todo el movimiento de personas con discapacidad, muy consciente de su importancia en orden a generar un cambio social y político tan profundo como el que ha representado la Convención de Naciones Unidas, con gran protagonismo del movimiento social por una vida independiente surgido en Estados Unidos. Uno de los últimos avances para las personas con discapacidad ha sido la modificación del régimen electoral en nuestro país, reconociendo el derecho a sufragio de todas las personas con discapacidad. Concretamente fue la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, para garantizar el derecho a sufragio a todas las personas con discapacidad. Modificación que se adoptó en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 29 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Ello ha supuesto el reconocimiento del derecho de sufragio a algún grupo de personas con discapacidad –ciertamente una minoría dentro del colectivo de personas con discapacidad– que hasta el momento estaban exceptuadas del mismo: las personas declaradas incapaces judicialmente con excepción expresa del derecho y los internos en hospitales psiquiátricos.

En relación al asociacionismo en el ámbito de la discapacidad, a las asociaciones de discapacidad les es aplicable lo dispuesto con carácter general en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, sin especificidades.

Para cerrar esta descripción general del sistema de fuentes jurídico-positivas, hemos de advertir que la extensión del ordenamiento jurídico que contempla transversalmente la discapacidad es tan amplia que no podemos aquí dar plena cuenta del mismo, no sólo en los ámbitos anteriormente referenciados –sobre los que sólo se ha pretendido ilustrar de las normas más relevantes– sino en otros como:

— el Derecho Administrativo (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Ley de sobre expropiación forzosa, Ley de Contratos del Sector Público, Ley de Economía Sostenible, Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, Ley del sector ferroviario, Ley del Suelo, Ley sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad, Ley de ordenación de la edificación, Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas...), el Derecho de extranjería (Código Civil, Ley orgánica de extranjería, Ley de adopción internacional, Ley de cooperación internacional...),

— protección ciudadana (Ley de protección civil, Ley de seguridad ciudadana...),

— ordenamiento mercantil (Ley concursal, Ley cambiaria y del cheque, Ley de economía social, ley de defensa de los consumidores y usuarios, ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, ley del contrato de seguro, entre otros),

— legislación de deporte, cultura, comunicación y sociedad de la información y educación, que aun siendo normas generales integran el modelo social de discapacidad en estos ámbitos, centrándose en estos momentos el debate en la educación integrada en centros ordinarios

— legislación procesal (LECiv, LECr, LJCA, LRJS, LOPJ, Ley del Tribunal del Jurado o Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.....).

Para terminar con estas sucinta descripción de las fuentes reguladoras de la discapacidad es preciso hacer una mención al Derecho Autonómico, que incide normativamente sobre la discapacidad más allá de las competencias autonómicas en materia de fomento de empleo y servicios sociales (ex artículo 148.1.20), en los derechos de estas personas. Los Estatutos de Autonomía de la denominada "primera generación" no establecían una relación directa con la ciudadanía y su contenido era fundamentalmente institucional y competencial, sin embargo, los Estatutos de Autonomía de "segunda generación" aprobados a partir del año 2006 sí reconocen derechos a sus ciudadanos y establecen mandatos a los poderes públicos en el ámbito autonómico, emulando el texto constitucional –y aun superándolo–. Estos Estatutos cuentan ya con una parte dogmática en la que se reiteran derechos reconocidos en la Constitución, a la vez que se especifican algunos de ellos y se incluyen otros nuevos, siendo relevante destacar que sin excepción se observa una mayor presencia y visibilidad de derechos de las personas con discapacidad. A partir de estos nuevos Estatutos, que cuentan con referencias expresas a los derechos de las personas con discapacidad, se han adoptado leyes autonómicas específicas de derechos de las personas con discapacidad y sus garantías en la mayor parte de las Comunidades Autónomas, desde 2014, siguiendo el modelo o paradigma de la LDPD.

Esta breve recapitulación normativa viene a poner de manifiesto, más que de dispersión y falta de sistemática, existe plena coherencia jurídica en el tratamiento normativo de la discapacidad, tanto externa, a través de un marco normativo transversal coherente, como interna en el tratamiento jurídico-político de la discapacidad a lo largo de todo el complejo sistema que es el ordenamiento jurídico, a partir de los principios del modelo social y normalizador adoptado por la LDPD y que se ramifica por todo el entramado normativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Barton, L: "Estudios sobre discapacidad y la búsqueda de inclusividad: observaciones", en *Red Iberoamericana de expertos en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad*, 2015. http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/848.

Blasco Lahoz, J.F: "La protección social de las personas con discapacidad. Las prestaciones de la seguridad Social como instrumento para su desarrollo", *Revista de Información Laboral*, Nº11 de 2018.

Cano Galán, Y: "Reforma laboral e inserción laboral de personas con discapacidad", en VV.AA., Díaz Vega, M; Sánchez Torres, M y Moreno Rodríguez, R (Coord), *Discapacidad vs empleo: aspectos a considerar para la inclusión en el empleo ordinario*, Madrid, Dykinson, 2015.

Cuenca Gómez, P y De Asís Roig, R: "Derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, inclusión y participación en la vida de la comunidad (artículo 15)", en VV.AA., Monereo Atienza, C y Monereo Pérez, J.L (Dirs y Coords), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017

De Schutter, O.: *Discriminations et marché du travail*, Francia, Peter Lang, 2011.

Dueñas Herrero, L. J.: "¿La situación de incapacidad temporal puede ser motivo de discriminación? La fuerza del concepto evolutivo de discapacidad en la Directiva 2000/78/CE: a propósito de la STSJUE 01-23-2016", en *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 5, 2017.

Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J. L. Monereo Pérez, Granada Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001.

Ferrajoli, L.: "La democracia constitucional", en Courtis, C.: *Desde otra mirada. Textos de la teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

García Herrera, V: "Hacia el modelo social de la discapacidad: una reforma que está pero que nunca llega", *Actualidad Civil*, Nº 7-8 (julio-agosto), 2019.

García-Perrote Escartín, I.: *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994.

Garrido Pérez, E.: "El Tratamiento comunitario de la discapacidad: desde su consideración como una anomalía social a la noción del derecho a la igualdad de oportunidades", en *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social,* núm. 59, 2001.

Monereo Atienza, C.: "Principio de no discriminación (Artículo 21)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (Dirs. y Coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J. L.: "La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social,* núm. 19, 1995.

Monereo Pérez, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral,* Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996.

Monereo Pérez, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo,* Albacete, Bomarzo, 2009.

Monereo Pérez, J. L.: "Derecho al trabajo, derecho a trabajar y derecho a libre elección del trabajo", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs.): *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J. L.: "Derecho a la Seguridad Social y Asistencia Social", y "Derecho a la salud", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J. L.: "Derecho Humano al Desarrollo", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs.): *El Sistema Universal de Derechos Humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Granada, Comares, 2014.

Monereo Pérez, J. L.: "La tutela de las incapacidades laborales frente al despido objetivo por ineptitud: un enfoque desde los derechos de las personas", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017.

Monereo Pérez, J. L.: *Despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales. Estudio técnico y jurídico-crítico de su régimen jurídico*, Albacete, Bomarzo, 2017.

Monereo Pérez, J. L.: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

Monereo Pérez, J. L.: *El Derecho en la Democracia Constitucional. La teoría crítica de Gustav Radbruch,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A.: "Integración de las personas con discapacidad", en Monereo Pérez, J. L. y Monereo Atienza, C. (Dirs.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N.: "El derecho a la protección de las personas con minusvalías", en Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs. y Coords.), *Comentario a la Constitución Socio Económica de España*, Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, Mª. N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España,* Granada, Comares, 2002.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, Mª. N. y Vila Tierno, F.: *Manual de Derecho del Trabajo,* Granada, Comares, 2020.

Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C., QUESADA SEGURA, R., Moreno Vida, Mª. N.: *Manual de Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, 2020.

Palacios, A.: *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*¸ Madrid, Cinca, 2008.

Ruiz Santamaría, J.L: "Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas) 1983 (núm. 159)", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT, 2019.

Quinn, G. y Degener, T.: *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*, Documento de las Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York/Ginebra, 2002.

Velarde Lizama, V: "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Revista Empresa y Humanismo*, Vol. XV, Nº1, 2012.