

LOS GRANDES HITOS DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI ¹

Fernando Pindado García
Letrado-Asesor del Consejo General de la ONCE

SUMARIO

HITOS Y RETOS ACTUALES DE PROTECCIÓN JURÍDICA.

- I. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONVENCIONAL: CONVENCIÓN ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- II. LA *NON NATA* CONSTITUCIÓN EUROPEA
- III. LA BASE CONSTITUCIONAL, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD
- IV. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.
- V. LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA.

¹ Material elaborado por Fernando Pindado García, sobre la base del trabajo realizado por Rafael de Lorenzo García y Agustina Palacios, y publicado en la Colección “*Los derechos de las personas con discapacidad*”. Vol. I. Aspectos jurídicos. Consejo General del Poder Judicial. 2007. Con permiso de los autores.

INTRODUCCIÓN

La razón de ser de una disertación como la que presento en el marco de un Congreso monográfico sobre la dependencia estriba en la clasificación de los derechos de las personas con discapacidad, como los de las personas en situación de dependencia, en el contexto de los derechos sociales. Asistimos en el momento actual a una clara evolución de las leyes que amparan los derechos de las personas en situación de necesidad; de lo que Bettini había bautizado como leyes-manifiesto, sin ningún contenido obligacional, hemos pasado a la LIONDAU y otras disposiciones normativas de nuevo cuño que responden al concepto de derechos de cuarta generación, lo que les brinda de un régimen de especial protección, con instituciones especiales mediante las que se instrumenta este fin; reflejo del Estado social y democrático de Derecho, que proclama el artículo 1.1 de la Constitución Española, y el principio de seguridad jurídica de su artículo 9.2. , según el cual han de promoverse *“las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; 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”*. La tradicional dificultad de defensa de este conjunto de derechos proviene de la integración sistemática del artículo 49 (personas con discapacidad) y 50 (tercera edad) están incorporados en el Capítulo III del Título I de la Constitución «De los derechos y libertades de la Constitución». El mismo, por lo tanto, no se encuentra formalmente entre los derechos y libertades fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II, ni ante derechos de los ciudadanos de la Sección 2ª de ese mismo Capítulo, aunque sí entre los principios rectores de la política social y económica del Capítulo III. No nos encontramos pues ante derechos y libertades fundamentales, pero sí ante normas programáticas, ante mandatos al legislador permanentes, esto es, carentes de fecha de vencimiento, pero que otorga a las partes interesadas herramientas poco eficaces para su defensa. Somos conscientes de que con los nuevos hitos que han entrado en vigor en los últimos años han supuesto ofrecer a las personas interesadas mejores herramientas para la defensa de sus derechos; herramientas que sólo queda que las utilicemos.

I. LA DISCAPACIDAD COMO UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONVENCIONAL: CONVENCIÓN ONU SOBRE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La primera vez que se planteó seriamente la posibilidad de elaborar una Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue en el año 1987, en una Reunión de Expertos encargados de examinar la aplicación del Programa de Acción Mundial. De hecho, el primer esbozo de Convención fue presentado a la Asamblea General por Italia. Luego también Suecia hizo un nuevo intento pero ninguno de los dos países tuvo éxito. Esto fue así hasta que el presidente de México, en el transcurso del Debate General correspondiente a la Sesión Nro. 56 de la Asamblea General, propuso el establecimiento de un “Comité Especial”, a los fines de analizar la posible elaboración de una Convención específica sobre discapacidad.² La idea fue apoyada por muchas ONG

² Resolución 56/168 de la Asamblea General de diciembre de 2001.

internacionales y nacionales dedicadas a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Dicho Comité Especial se encuentra abierto a la participación de todos los Estados Miembros y observadores de las Naciones Unidas y trabaja sobre la base de un enfoque holístico en las esferas del desarrollo social, los derechos humanos y la no discriminación, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la Comisión de Derechos Humanos y de la Comisión de Desarrollo Social”.³

Han participado como partes en el proceso de elaboración de esta Convención, -entre otras-:

1. los Estados, en los cuales descansa la última responsabilidad en cuanto al cumplimiento y posibilidades de ejercicio real de los derechos humanos.

2. los órganos y organizaciones competentes del sistema de las Naciones Unidas, siendo los más relevantes en lo que respecta a la normativización de esta nueva Convención:

-la Comisión de Derechos Humanos,

-la Comisión de Desarrollo Social, y dentro de su ámbito, el Relator Especial sobre Discapacidad,

3. las organizaciones no gubernamentales (ONGs)⁴

En la Organización de las Naciones Unidas las intervenciones más agudas en defensa de los derechos de las personas con discapacidad se habían generado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, que había reconocido que *“toda violación al principio fundamental de igualdad y toda discriminación u otra forma de tratamiento diferencial negativo hacia las personas con discapacidad que no se ajuste a las Normas Uniformes para Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad constituye una violación a los derechos humanos de las personas con discapacidad”*. Asimismo la doctrina ha manifestado que, pese a no estar mencionada expresamente en ninguno de los artículos referidos a la prohibición de discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos del Sistema Universal, debía interpretarse que la «discapacidad»

³ Con posterioridad a la Resolución 56/168, la Comisión de Desarrollo Social adoptó con fecha 21/2/02 una Resolución en el mismo sentido que la que se está evaluando y la Comisión de Derechos Humanos, con fecha 26/4/02, la Resolución 2002/61.

⁴ Las ONGs acreditadas son: Center for Internacional Rehabilitation, Foro Europeo de la discapacidad, Instituto Interamericano de Discapacidad, Red de supervivientes de las minas terrestres, Venture House, Mental Disability Rights Internacional, Asociación civil contra la discriminación, Comité de Coordinación de Comunicaciones para las Naciones Unidas, IUS Gentium Conimbrigae Institute- Centro de derechos humanos. La información que aportan las ONGs a los mecanismos de protección de derechos humanos a nivel internacional es fundamental. Ello porque –entre otras tareas- efectúan una labor de publicidad y educación en derechos humanos; desarrollan tareas de “lobby”, que han hecho posible la existencia de procedimientos de monitoreo diversos y presionan de manera efectiva a sus gobiernos respectivos, a fin de que cumplan los compromisos asumidos a través de instrumentos jurídicos internacionales.

estaba comprendida en la fórmula «cualquier otra condición social», que sí recogían las fórmulas canónicas de prohibición de discriminación.⁵

Sin duda un paso adelante en el ámbito internacional se ha alcanzado con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Que esta situación se demostraba insuficiente ya lo reconoce la propia Convención en su Preámbulo k) en el que declara que: *“Observando con preocupación que, pese a estos diversos instrumentos y actividades, las personas con discapacidad siguen encontrando barreras para participar en igualdad de condiciones con las demás en la vida social y que se siguen vulnerando sus derechos humanos en todas las partes del mundo”*. No obstante, ha tenido un papel muy destacable el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos quien había recibido el encargo de la Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2003/49 de que informase a la Comisión en su 60º período de sesiones sobre los avances realizados en la aplicación de las recomendaciones que figuraban en el estudio sobre los derechos humanos y la discapacidad, y sobre el programa de trabajo de la Oficina del Alto Comisionado en relación con los derechos humanos de las personas con discapacidad. En respuesta elaboró el estudio titulado *“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”*, en cuyo capítulo 13 llegaba a la conclusión de que una nueva convención sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad supondría un instrumento adicional para reforzar la promoción y protección de los derechos humanos de esas personas, apoyando la decisión del Comité Especial de crear un grupo de trabajo para preparar un proyecto al que el Alto Comisionado brindaba todo su apoyo.

La Convención fue finalmente adoptada en virtud de Resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU en su 76ª sesión plenaria de fecha 13 de diciembre de 2006, y ratificada por el Estado español, tanto el texto de la Convención, como su Protocolo adicional, (BOE de fecha 21 y 22 de abril de 2008) destacamos de su articulado el artículo 4.1, que dispone *“Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”*. Destacable es igualmente el artículo 5.4 sobre Igualdad y no discriminación, según el que *“4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad”*. Asimismo en su artículo 2, el texto literalmente declara: *“Por “discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para*

5 C. Courtis. “Los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema de Naciones Unidas”. Tratado sobre Discapacidad. Thomson Aranzadi.2007. Pag. 283.

garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales". Entiendo que aquí reside la aportación fundamental de este texto en el que la doctrina ha depositado una enorme esperanza, como instrumento útil para la defensa de las personas con discapacidad. Cita como eje de los derechos de las personas con discapacidad en su Preámbulo a) la dignidad, "c) *Reafirmando la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación*". "h) *Reconociendo también que la discriminación contra cualquier persona por razón de su discapacidad constituye una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano*"; conforme reitera también su artículo 1. Desde el punto de vista de los mecanismos de protección, la Convención ha adoptado la constitución de un instrumento que ya figuraba en otros instrumentos del Sistema Universal de protección de derechos humanos: la constitución de un Comité, denominado de Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante, «el Comité»), cuya intervención ha quedado reforzada en el Protocolo facultativo, que ha sido ratificado por el Estado español, y que le asigna la función de "*considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas*". Este Comité ha sido constituido formalmente el día 4 de noviembre de 2008 en Nueva York (EE.UU).

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las normas de derecho internacional, se articula a través de los arts. 10.2, 93 y 96.1 del texto constitucional que permitían paliar en parte las lagunas legislativas de nuestro derecho interno, en la medida en que esas normas sí tutelan de forma expresa a las personas con discapacidad. Por ello, las mismas son directamente invocables ante los Tribunales españoles. Hemos de entender, que un instrumento de protección como la Convención deberá ser invocada muy a menudo en aquellas causas en que se dirima esta cuestión.

-En cuanto al tipo de Convención a la cual se aspira, actualmente prevalece la opinión de que la tarea fundamental debe ser *adaptar* las normas pertinentes de los Tratados de derechos humanos existentes, al contexto específico de la discapacidad. Esto significa que más allá de reiterar el reconocimiento de derechos que ya establecen esos Pactos, deben implementarse los mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad. Esa adaptación debería estar informada por la necesidad de garantizar la igualdad de derechos y de oportunidades para todos, sin discriminación.

-La nueva Convención abarca colectivamente a las personas con discapacidad física psíquica y sensorial. Es decir, que constituye un instrumento dirigido a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad en general.

-En cuanto a su estructura, la propuesta de Convención hasta el momento se compone de un Preámbulo, treinta y cuatro artículos, y disposiciones finales. En el artículo 1 se establecen los propósitos, en el 2 las definiciones, en el tres los principios

generales y en el 4 las obligaciones generales. El artículo 5 se centra en la igualdad y no discriminación. Se prevé, asimismo, en los artículos 6 y 7 la situación de mujeres y niños con discapacidad. El artículo 8 se centra en una serie de medidas tendentes a la creación de conciencia respecto de la situación de las personas con discapacidad y a combatir estereotipos y prejuicios. El artículo 9 prevé medidas destinadas a que los Estados Parte aseguren la accesibilidad a las personas con discapacidad en diferentes ámbitos. Los artículos 10 y 11 abarcan el derecho a la vida y las situaciones de riesgo, respectivamente. El artículo 12 reafirma el igual reconocimiento de las personas con discapacidad ante la ley. El artículo 13 abarca la igualdad en el acceso a la justicia, y el 14 en cuanto a la libertad y seguridad de las personas con discapacidad. El 15 aborda la prohibición de no ser sometidas a tratos crueles, inhumanos y degradantes, para lo cual los Estados partes deberán prohibir y proteger a las personas con discapacidad de la experimentación médica o científica sin previo consentimiento libre e informado. Lo mismo en relación a la protección contra la explotación, violencia y abuso se prevé en el artículo 16. El artículo 17 protege la integridad de la persona con discapacidad. El 18 la libertad de movimiento, y el 19 la vida independiente y el derecho a ser incluidas en la comunidad. En relación con el anterior, el artículo 20 se centra en la movilidad personal. El artículo 21 alude a ciertas medidas a ser adoptadas para garantizar a las personas con discapacidad la libertad de expresión y opinión, y el acceso a la información. Los artículos 22 y 23 protegen la privacidad, y el hogar y la familia, respectivamente. En cuanto a la educación, el artículo 24 prevé la adopción de medidas a los fines de garantizar dicho derecho en igualdad de condiciones. Igual tratamiento se persigue con respecto a la salud en el artículo 25. El artículo 26 alude a la habilitación y rehabilitación. Y el artículo 27 dispone la adopción por los Estados Parte de medidas tendentes a asegurar a las personas con discapacidad el acceso al trabajo en igualdad de condiciones que el resto. Similares medidas se prevén en el artículo 28 respecto de lo que atañe a un nivel de vida adecuado y a la protección social. La participación a la vida política y pública está prevista en el artículo 29, y la participación en la vida cultural, recreación, ocio y deportes en el artículo 30. Finalmente, en la Parte II de la propuesta se prevé las estadísticas y recolección de datos –en el artículo 31-; la cooperación internacional –artículo 32-; la implementación nacional y monitoreo –artículo 33-, y el monitoreo internacional –artículo 34-.⁶

-De su lectura puede, sin duda, afirmarse que la Convención asume un modelo social de discapacidad, desde la consideración del fenómeno como una cuestión de derechos humanos. Contiene un artículo específico que recepta el derecho al disfrute de una vida independiente y a ser incluido en la comunidad. Así, el artículo 19 establece que los Estados Parte deberán adoptar las medidas efectivas y apropiadas para facilitar que las personas con discapacidad puedan disfrutar plenamente de su libertad de elección, de una vida independiente y de la plena inclusión y participación en la comunidad, que incluya asegurarles en un pie de igualdad con los demás, la oportunidad de elegir su lugar de residencia, como así también dónde y con quién quieren vivir. Por otro lado, se establece la obligación de adoptar medidas a los fines de que las personas

⁶ Para una información detallada, ver la Propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chaiman's Text, 07/10/2005. Se aclara que la versión original al momento solo se encuentra disponible en inglés, y que la traducción nos pertenece.

con discapacidad tengan acceso a una gama de servicios de apoyo, incluyendo la asistencia personal necesaria para apoyar la vida y la inclusión en la comunidad y para prevenir la segregación de la comunidad.⁷

-En lo relativo a los principios en los que se basa, la Convención contiene los siguientes:⁸ dignidad, vida independiente, no discriminación, la participación e inclusión efectivas y plenas de las personas con discapacidad en la sociedad en pie de igualdad con los demás, el respeto a la diferencia y la aceptación de la discapacidad como parte de la diversidad y la humanidad; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; y la igualdad entre hombres y mujeres.

-En lo que atañe al empleo, en su artículo relativo al “trabajo y empleo”⁹, establece la obligación por parte de los Estados de reconocer el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en pie de igualdad con los demás; incluyendo el derecho a la oportunidad para ganarse la vida a través de un trabajo elegido o aceptado libremente en un mercado y ambiente laboral que sea abierto, inclusivo y accesible para todos. Asimismo, la Convención establece la obligación de realizar ajustes razonables. Por otro lado, se prevé la adopción de medidas de acción positiva a favor de personas con discapacidad.

-En lo relativo a la educación, algunos expertos consideran que, debido a las necesidades específicas de ciertas personas con discapacidad, se deben mantener determinados espacios educativos especiales, mientras que otros defienden el sistema inclusivo a secas. Hasta el momento, prevalece la opinión de poner atención en las ventajas del sistema inclusivo, pero manteniendo algunos espacios educativos especiales. De este modo, el artículo 24 de la propuesta de Borrador comentada establece que los Estados Parte deberán asegurar la educación inclusiva de las personas con discapacidad en todos los niveles. A dicho fin, se establece la obligación por parte de los Estados de asegurar que las personas con discapacidad no sean excluidas del sistema de educación general sobre la base de su discapacidad, y que los niños con discapacidad no sean excluidos de la educación primaria y secundaria gratuita y obligatoria sobre la base de sus discapacidades. Para ello, se destaca que las personas con discapacidad deben tener acceso, en la medida de lo posible, a una educación inclusiva, de calidad, y gratuita primaria y secundaria, en las comunidades en donde viven. Asimismo, se alude a la obligación de realizar ajustes razonables en el ámbito educativo. Por otro lado, entre otras obligaciones, se impone a los Estados Parte la adopción de las medidas apropiadas para asegurar la educación de calidad a educandos con discapacidades sensoriales a través del empleo de maestros que sean fluidos con el lenguaje de señas o Braille, incluyendo a maestros con discapacidad.¹⁰

⁷ Cfr. Propuesta del presidente de la Sexta Reunión del Grupo Especial, Chaiman’s Text, 07/10/2005, artículo 19.

⁸ Idem, artículo 3.

⁹ Idem, artículo 27.

¹⁰ Idem, artículo 24.

II. LA NON NATA CONSTITUCIÓN EUROPEA

Es preciso al iniciar este tema relatar muy sucintamente los principales hechos del proceso de elaboración de la Constitución Europea:

- El proceso si inició en el Consejo Europeo de Niza que abrió un profundo debate sobre el futuro de la Unión, acordando la convocatoria de una conferencia intergubernamental.
- El Consejo Europeo de Laeken recogió el testigo de Niza, formuló una nueva declaración sobre el futuro de Europa y acordó la realización de una Convención para debatir la cuestión.
- La Convención Europea (28-2-2002/18-7-2003) desarrolló la tarea de elaborar el proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, entregando el texto en esa última fecha al Presidente de turno del Consejo.
- La Conferencia Intergubernamental arrancó el 4 de octubre de 2003 y concluyó con un acuerdo de la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno el 18 de junio de 2004, firmándose el acta final el 12 de octubre y procediéndose a la firma solemne de la constitución el 29 de octubre de ese mismo año en Roma, dándose paso a la fase de ratificación por parte de los Estados miembros.
- La situación actual es de bloqueo debido al rechazo del texto constitucional en los referenda de Francia y Holanda y a una crisis generalizada en el seno de la Unión, sin que se sepa, con algún grado de certeza, cómo se producirá el desbloqueo, su ritmo y resultado final.

Han sido crecientes las voces, procedentes de tendencias políticas muy diversas, que se han mostrado en contra de la misma y han abogado por que los ciudadanos voten en contra en los referendos que algunos países, entre ellos España, han convocado y ya celebrados.

En algunos casos ese rechazo está basado en el argumento de que el nuevo texto constitucional no contempla adecuadamente los aspectos sociales y de que alguna manera consagra un modelo puramente capitalista.

Con el presente trabajo pretendemos analizar la Constitución Europea desde la perspectiva social, describiendo sus puntos fuertes y débiles. Concluiremos con un apartado en el que explicaremos por qué creemos que, aunque es obvio que el texto, como cualquier otra iniciativa legislativa, podría ser ampliamente mejorado desde la perspectiva social, tenemos la convicción de que ofrece un marco jurídico y político más favorable para la construcción de una Europa más social en la que la sociedad civil¹¹ en general y, por ende, las ONG sociales, van a tener un mayor protagonismo en la toma de decisiones.

¹¹ Muñoz Machado, S.: *Las dimensiones y la significación de la revolución asociativa de finales del siglo XX*. "Las Estructuras del Bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes". Escuela Libre Editorial. Madrid, 2002.

El texto aprobado por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, incorpora como dato más significativo, la Carta de los Derechos Fundamentales proclamada en Niza en diciembre de 2000, dotándola de esta forma de carácter jurídico vinculante y constitucional. Esto supone que aquellas disposiciones que proclamen la igualdad de oportunidades, o prohíban la discriminación (artículo II-21) puedan ser invocadas frente a las instituciones europeas, los Estados miembros y frente a los particulares cuando se conculquen los derechos de las personas discapacitadas [efecto directo, vertical y horizontal, Sentencia del TJCE de 8 de abril de 1976, asunto DEFRENNE].

Conviven en el proyecto constitucional dos preceptos básicos para lograr la igualdad de oportunidades de las personas discapacitadas: el artículo III-8 y el II-21, con un vínculo muy estrecho con la protección y el respeto de los derechos fundamentales. El primero de ellos confiere a la Unión competencias legislativas para combatir la discriminación (actual artículo 13 del Tratado CE), mientras que el recogido en la Carta de derechos fundamentales prohíbe, de manera directa las formas de discriminación establecidas en el mismo, con efecto directo.

La intervención comunitaria en este ámbito ha dado sus frutos hasta la fecha, con la adopción, entre otras, de la Directiva 2000/78/CE sobre la igualdad de trato en el empleo; y ello, a pesar de seguir manteniéndose el requisito de la unanimidad en el Consejo para la adopción de medidas legislativas de lucha contra la discriminación. Cuestión ésta que, al igual que consideró la Comisión en su Informe sobre el proyecto constitucional, debería modificarse con un paso “inmediato a la mayoría cualificada”.

La política e iniciativas comunitarias en materia de protección y no discriminación de las personas discapacitadas resultan fundamentales para impulsar la adopción de medidas nacionales en la materia, apoyando y complementando la acción de los Estados miembros. Y de su reconocimiento final en la futura Constitución Europea, dependen en gran medida cuestiones como la integración de las personas discapacitadas en la vida económica y social, o aspectos como la mejora del entorno de trabajo.

Resaltamos, seguidamente, los ocho aspectos más significativos desde el punto de vista social, contenidos en el texto analizado.

La nueva Constitución desde la perspectiva social

a) Un funcionamiento institucional más eficaz y democrático

El nuevo Tratado¹² contribuye sin duda a simplificar y mejorar la eficacia en la toma de decisiones de la Unión, a la vez de hacerlo más democrático. Por un lado, el Parlamento Europeo, que es al final la única institución comunitaria directamente elegida por los ciudadanos, incrementa sensiblemente sus poderes. Por otro lado, la toma de decisiones en el seno del Consejo se hace más transparente y democrática, al establecer una mayor proporcionalidad entre los votos de cada país y su población, estableciendo algunas

¹² Cabra de Luna, M. A.: *Minorías en la Unión*. Texto de Conferencia en el Curso de Verano del Escorial sobre “Democracia y Constitución Europea”, organizado por la Universidad Complutense, en El Escorial, 12 de julio de 2005.

salvaguardias para evitar “que los países grandes se puedan comer a los países chicos.” Además se extiende el sistema de mayoría cualificada a nuevas áreas, principalmente a las políticas de asilo e inmigración, así como a la cooperación judicial. Sin embargo, los británicos se salieron con la suya y la regla de la unanimidad continuará siendo aplicada a la política social (también a la fiscalidad y a la cooperación en materia penal).

b) Mayor protagonismo del Parlamento Europeo

Otro aspecto que contribuye a hacer más democrático el funcionamiento de la Unión es el aumento de poder experimentado por el Parlamento Europeo (única institución elegida directamente por los ciudadanos), que pasa a ser colegislador en el doble de materias de las que lo era anteriormente, entre ellas la agricultura y la pesca, que suponen alrededor del 40% del presupuesto comunitario.

c) Refuerzo del principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad, según el cual las decisiones han de ser tomadas en el nivel más cercano posible al ciudadano, en el sentido de que todo lo que cada uno pueda realizar por sí mismo y con sus propias fuerzas no debe ser transferido a otro nivel, lo que implica que todas aquellas funciones o competencias que puedan ser desarrolladas de mejor manera a nivel nacional (o incluso regional o local) no deben ser asumidas por la UE.

La principal innovación aportada hace referencia a la creación de un mecanismo de control de la aplicación del principio de subsidiariedad que involucra directamente y por primera vez a los parlamentos nacionales. Éstos podrían alertar públicamente a las instituciones europeas, pero también a su propio gobierno, ante cualquier propuesta que les parezca contraria al principio de subsidiariedad.

d) Constitucionalización de la Carta de Derechos Fundamentales

Desde un punto de vista estrictamente social, la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales (que había sido aprobada en Niza en el año 2000) al Tratado Constitucional, pasando así a ser jurídicamente vinculante, es quizás uno de los avances más importantes sino el que más. La misma incluye un amplio catálogo de derechos (sensiblemente más amplio que por ejemplo el incluido en la Constitución Española), todos ellos ya contemplados en diversos Convenios e instrumentos legislativos, pero a los que otorga rango constitucional. En lo que respecta a la discapacidad, prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad en su artículo II-81, mientras que en el artículo II-86 reconoce “el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

e) No discriminación como un principio horizontal

Aparte de prohibir todo tipo de discriminación en el artículo II-81 (como consecuencia de la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales), finalmente, y pese a los temores de la Plataforma Europea de ONG Sociales, que le llevo a publicar un comunicado unos días antes de la cumbre de Bruselas, se mantiene el artículo III-118 que establece que al definir y aplicar todas sus políticas, la Unión debe combatir la discriminación por razones de sexo, de raza, origen étnico o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual. Esta cláusula tiene indudablemente una gran importancia por su carácter horizontal, y convierte la lucha contra la discriminación en uno de los objetivos horizontales de la Unión.

f) Promoción de la igualdad de género como un objetivo horizontal

Por su parte, en la Parte III de la Constitución dedicada a “las políticas y el funcionamiento de la Unión”, el artículo III-116 establece que “en todas las acciones contempladas en la presente Parte, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

g) La Cohesión social también como una cláusula horizontal

El artículo III-117 consagra también el carácter horizontal de la cohesión social al establecer que “al definir y ejecutar las políticas y acciones contempladas en la presente parte, la Unión tendrá en cuenta los aspectos ligados a la promoción de un alto nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social, y un alto nivel de educación, formación y protección de la salud”.

h) Inclusión del principio de democracia participativa

Otro de los avances por los que luchó con éxito tanto la sociedad civil en general, como las ONG sociales en particular, y que debe ser valorado muy positivamente, es el de la consideración de la UE como una democracia participativa, tal como establecido en el artículo I-47.

III. LA BASE CONSTITUCIONAL, CONTENIDO Y ALCANCE DE LA LEY DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, NO DISCRIMINACIÓN Y ACCESIBILIDAD UNIVERSAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

1. El mandato constitucional a los poderes públicos (arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE).

1. La Ley 51/2003, de 2 de diciembre¹³, menciona en su Preámbulo los mandatos constitucionales dirigidos a los poderes públicos que, de una u otra forma, establecen

¹³ Cabra de Luna, M.A.: *Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias*, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 50 (número extraordinario sobre 2003 Año Europeo de Personas con Discapacidad), Madrid, abril, 2004.

Cabra de Luna, M.A.: *La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad: Ley 51/2003, de 2 de diciembre y Transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*, en

como objetivo prioritario el mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, y, en particular de las personas con algún tipo de discapacidad, de manera que participen en condiciones de igualdad en la vida económica, social y cultural de nuestro país:

“La Constitución Española, en su artículo 14, reconoce la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. A su vez, el artículo 9.2 de la Ley Fundamental establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitando su participación en la vida política, cultural y social, así como, el artículo 10 de la Constitución, de los derechos y deberes fundamentales, que establece la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social. En congruencia con estos preceptos la Carta Magna, en su artículo 49, refiriéndose a las personas con discapacidad, ordena a los poderes públicos que presten la atención especializada que requieran y el amparo especial para el disfrute de sus derechos”.

Efectivamente, el artículo 9.2 CE establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; 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”.

Por otra parte, el artículo 14 CE fundamenta la intervención del Estado en favor de las personas discapacitadas, garantizando la igualdad formal y la no discriminación de este colectivo: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

Y, el artículo 49 de la Constitución obliga, en fin, a los poderes públicos, a realizar una política de integración social de los ciudadanos con discapacidad “para el disfrute de los derechos que éste título otorga a todos los ciudadanos”.

Dichos derechos y libertades constituyen el fundamento de la actuación de los poderes públicos en la materia, mediante la promulgación de esta Ley que, sin derogar la LISMI, sirve “de renovado impulso a la políticas de equiparación de las personas con discapacidad”.

El artículo 1.1 vuelve a incidir en estos preceptos constitucionales: “Esta Ley tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución”.

El principio de igualdad, proclamado desde el artículo 1.1 de la Constitución, se traduce, según ha entendido el Tribunal Constitucional no sólo en la igualdad de “carácter formal contemplada en el artículo 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo, en la de índole sustancial recogida en el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva”. [STC 216/1991].

El reconocimiento de la igualdad de oportunidades y no discriminación de un determinado colectivo, según el Tribunal Constitucional, no ha de detenerse en ese reconocimiento, sino que además, pasa por el establecimiento de medidas, incluidas la discriminación positiva [STC 3/1993, de 14 de enero] que faciliten la plena integración de las personas que se han encontrado en una situación jurídica de inferioridad histórica.

En estos términos establece el párrafo segundo del artículo 1.1 de la LIONDAU que “..se entiende por igualdad de oportunidades la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa e una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”.

Son también “derechos constitucionales” los proclamados en el Capítulo III del Título I de la Constitución española; entre otros, los contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (seguridad social), 48 (juventud), 49 (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (tercera edad) de la Constitución.

Dichos preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, mandando a los poderes públicos instrumentar políticas adecuadas. El cumplimiento de estos deberes constitucionales se podrá instrumentar, desde luego, con las políticas de protección social pero también, con otras políticas como la fiscal, la de vivienda, la educativa o la cultural, por ejemplo. Y esta especial protección de los derechos constitucionales de dichos colectivos podrá empezar por la regulación de las condiciones básicas de su igualdad (igualdad sustancial, en términos de su efectiva equiparación a los restantes titulares de los mismos) en el ejercicio de tales derechos.

Por consiguiente, la aprobación una Ley estatal como la que nos ocupa se encuentra suficientemente legitimada por los artículos 1, 14 y 9.2 de la Constitución, y por el artículo 49, que establecen la obligación de los poderes públicos de satisfacer una serie de prestaciones mínimas, completados todos ellos por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como por la competencia estatal para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

Precisamente es en el artículo 149.1.1 CE donde, fundamentalmente, encuentra su legitimidad la Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad [disposición final decimocuarta].

2. Contenido de la Ley y adecuación al reparto de competencias entre el Estado y las CCAA.

La Ley sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y acceso universal se dicta al amparo de la competencia del art. 149.1.1^a que acabamos de analizar; así como del artículo 149.1.6^a por lo que se refiere a las medidas de defensa (competencia exclusiva del Estado en materia procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas).

Una primera lectura de la Ley permite afirmar que la misma respeta el orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, haciendo un uso comedido, y en los términos establecidos por la doctrina constitucional, del artículo 149.1.1^a CE.

En efecto, ya en el Preámbulo (apartado II), se indica que en el Capítulo I se recogen meras disposiciones generales “que se refieren a su objeto, quiénes son los titulares de los derechos y los principios que la inspiran, deteniéndose en la definición de una serie de conceptos cuya explicación resulta imprescindible en aras de garantizar una adecuada interpretación de la ley y de salvaguardar el principio de seguridad jurídica”; así como los “ámbitos en los que son aplicables las medidas de garantía”.

Aspectos, todos ellos, que se ajustan plenamente al concepto y objeto de “condiciones básicas” establecido por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, las medidas establecidas en el Capítulo II para garantizar la efectividad de los derechos de las personas discapacitadas, “se tipifican, sin desarrollar su alcance”, estableciendo grandes categorías que deberán ser objeto de posterior desarrollo.

Si bien se autoriza al Gobierno en las disposiciones finales para el desarrollo básico de esas medidas, ello no supone, per se, que se vaya a invadir competencia autonómica alguna.

Finalmente, el Capítulo III, en el que se incluyen una serie de medidas, generales, de fomento y defensa, contemplan el establecimiento de fondos para “el desarrollo conjunto con otras Administraciones de proyectos innovadores”. Esto es, teniendo en cuenta la importancia y el ámbito competencial autonómico.

El articulado de esta Ley respeta en lo fundamental la naturaleza de lo que debe entenderse por “condiciones básicas”: facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, objeto, ámbito material, requisitos mínimos, marco organizativo para el ejercicio de esos derechos, etc.

3. Alcance de la Ley.

Para lograr la equiparación real de las personas con discapacidad, no cabe duda de que el derecho a recibir apoyo y asistencia, desarrollado en la LISMI, debía ser complementado con el derecho a la igualdad de oportunidades y a no ser discriminado, eliminando los obstáculos que impiden que hoy día este colectivo pueda ejercer de manera efectiva los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos.

Así lo entendió, igualmente, la Comisión Europea en su Comunicación “Construir una Europa que fomente la integración” [COM(2000)79 final, de 1 de marzo] en la que se afirma que “el desafío no consiste tan sólo en mejorar la asistencia proporcionada a las personas excluidas (o expuestas al riesgo de exclusión), sino también en actuar para eliminar las barreras estructurales que dificultan la integración social”. O, más concretamente, por lo que se refiere a las personas discapacitadas, en la Comunicación sobre la Propuesta de Decisión del Consejo sobre el Año europeo de las personas con discapacidad – 2003 [COM(2001)271 final, de 29 de mayo]:

“Si queremos que la igualdad de oportunidades se convierta en una realidad para las personas con discapacidad, es precisa una estrategia en varios frentes que incluya, entre otros aspectos, la lucha contra la discriminación, la potenciación de la vida autónoma, la promoción de una mayor integración social, un mayor número de oportunidades en materia de educación, formación, aprendizaje permanente y empleo, y la mejora de la disponibilidad y la calidad las ayudas técnicas. Se trata de un desafío de gran envergadura, cuya solución pasa por la adopción de medidas de ámbito nacional y comunitario”. Así, “las políticas en materia de discapacidad están evolucionando hacia una nueva perspectiva que ya no considera las limitaciones físicas o psíquicas de un individuo el problema principal, sino que se centra más en su potencial de cara a la participación en la vida social y en el mercado de trabajo y en el respeto de sus derechos. Actualmente, por consiguiente, la percepción de la ciudadanía de las personas con discapacidad se basa en el compromiso de las Administraciones Públicas a favor de la lucha contra la discriminación y la exclusión social. Este compromiso ha de materializarse en una legislación que consagre, con carácter vinculante, la lucha contra la discriminación”.

Con la aprobación de la Ley 51/2003, y transcurridos más de veinte años desde que la LISMI fuera promulgada en abril de 1982, se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas discapacitadas, que junto con la accesibilidad universal y el “diseño para todos”, significa un importante impulso en las políticas dirigidas a la mejora de las condiciones de vida de este colectivo.

Se introducen una serie de avances respecto a la legislación anterior, entre los que cabe destacar:

- El reconocimiento de derechos y principios, delimitación de actitudes que pueden ser discriminatorias, y la obligación de que los poderes públicos adopten medidas contra la discriminación y de acción positiva.

- Establece además la obligación gradual y progresiva de que todos los entornos, productos y servicios sean abiertos, accesibles y practicables para todas las personas discapacitadas, para lo cual, dispone plazos y calendarios de adaptación.

- Obliga a las Administraciones Públicas a llevar a cabo campañas de sensibilización, acciones formativas y medidas para la innovación y el desarrollo de nuevas tecnologías, así como planes de acción para garantizar la igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad.

- Se crea el Consejo Nacional de la Discapacidad –sustituyendo al creado en el año 2000- al que se encomienda la promoción de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad y al que deberá consultarse cualquier norma que se elabore en desarrollo de esta normativa. En el seno del Consejo se creará una oficina permanente especializada, con la que colaborarán las asociaciones más representativas.

- El Gobierno debe regular un sistema de arbitraje para resolver las quejas o reclamaciones de las personas con discapacidad, con la participación en esos organismos de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias. Por su parte, la tutela judicial del derecho a la igualdad de oportunidades comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la violación del derecho y para prevenir violaciones ulteriores, restableciendo al perjudicado en su derecho, así como la indemnización o reparación correspondiente.

- Se modifica el Estatuto de los Trabajadores y la ley de la Función Pública para establecer una nueva excedencia de los trabajadores o funcionarios, por un periodo máximo de un año para atender el cuidado de un familiar (hasta el segundo grado) que no pueda valerse por sí mismo o no pueda desempeñar una actividad remunerada.

- Se modifica la Ley de Propiedad Horizontal para obligar a las comunidades de propietarios a realizar obras de adaptación necesarias a petición de los propietarios de viviendas en las que residan o trabajen personas con discapacidad.

La participación de las personas con discapacidad y de sus familias, a través de sus organizaciones representativas, y el derecho de las mismas a participar activamente en los órganos consultivos y decisorios de la Administración, como medida específica de garantía, es sin duda, uno de los puntos fuertes de la nueva Ley de igualdad de oportunidades y no discriminación.

La Ley, en efecto, prevé en el artículo 15 la participación activa de los titulares de los derechos reconocidos en la misma mediante el fomento, apoyo técnico y financiero, de asociaciones y demás entidades que defienden los derechos de las personas con discapacidad, y el reconocimiento a estas entidades, del derecho a estar integradas y participar en el proceso de toma de decisiones en los órganos administrativos competentes para establecer medidas que puedan afectarles.

Especialmente importante, a estos efectos, es el reconocimiento expreso del “diálogo civil”, principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias tienen derecho a participar en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas que les afecten [artículo 2.e)].

Sin embargo, se ha dejado para un desarrollo ulterior el establecimiento de una de las principales medidas de garantía que tiene toda Ley, como es el régimen de infracciones y sanciones; régimen que puede establecer el Estado con carácter básico.

Así lo ha entendido el propio Tribunal Constitucional, al indicar que las normas que tipifican infracciones y establecen sanciones son un complemento necesario de aquellas que enuncian los deberes y obligaciones, o los derechos [STC 129/1991]. “Ello permite -y así lo hemos declarado en la STC 102/1995, fundamento jurídico 32- que, con la finalidad de garantizar unos mínimos de protección comunes a todo el territorio nacional, el Estado pueda establecer con carácter básico un catálogo mínimo de conductas -ampliable por el legislador autonómico- que en todo caso se deberán considerar infracciones administrativas; asimismo, que pueda determinar que algunas de esas conductas tendrán siempre la calificación de infracciones graves y, por último, que pueda establecer los criterios generales para la determinación de la gravedad de las infracciones, así como una escala de sanciones con unos límites máximos y mínimos” [STC 156/1995, de 26 de octubre].

En estos términos, y en aras a garantizar realmente la efectividad de la LIONDAU, sería conveniente que el Gobierno acortase el plazo de dos años establecido en la disposición adicional decimocuarta para la regulación del régimen de infracciones y sanciones.

IV. LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA DIRECTIVA EUROPEA SOBRE NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO.

El acceso al empleo es un elemento decisivo para la integración de las personas con discapacidad en la economía y en la sociedad; permitiendo, mediante su participación en el mercado laboral que puedan mejorar su dignidad e independencia.

En este sentido, manifiesta el Consejo, en los considerandos de la Directiva 2000/78/CE¹⁴ que “el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal”. Así, “la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad”.

Sobre la base del artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó, el 27 de noviembre de 2000, la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [DO L 303, de 2.12.2000]. Esta Directiva prohíbe cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por lo que se refiere a la discapacidad, reconoce que el hecho de no realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo puede constituir un caso de discriminación. En la práctica, estos “ajustes razonables” incluyen medidas destinadas a adaptar el lugar de trabajo a las necesidades de los trabajadores con discapacidad [adaptando los locales y equipos, así como los modelos de jornada laboral], a fin de facilitar su acceso al empleo en condiciones adecuadas.

Los Estados miembros tenían hasta diciembre de 2003 para transponer las disposiciones de esta Directiva en sus respectivos ordenamientos jurídicos, con un plazo adicional de tres años (hasta diciembre de 2006) para poner en aplicación las disposiciones relativas a la discriminación por motivos de edad y discapacidad.

Entre los ámbitos de aplicación de la Ley 51/2003 que venimos analizando, se encuentra el del empleo de las personas discapacitadas, señalando en este sentido el artículo 3, que “la garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo dispuesto en esta ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

¹⁴ Cabra de Luna, M.A.: *Valoración de la Transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Propuestas de mejora*. Texto de Conferencia en el Seminario: Un Plan de Acción Europeo para las Personas con Discapacidad 2003-2010, organizado por la Oficina del Parlamento Europeo en España, la Representación de la Comisión Europea en España, ONCE y CERMI, Madrid, 20 de diciembre de 2004.

Vid. Cabra de Luna, M.A.: *La Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad: Ley 51/2003, de 2 de diciembre y Transposición de la Directiva...* Ob. Cit.

Esta legislación específica, con las oportunas y necesarias modificaciones del Estatuto de los Trabajadores, de la LISMI, la Ley de Procedimiento Laboral, o la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, ha sido incorporada a nuestro ordenamiento a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en la que se transpone [Capítulo III], la Directiva 2000/78/CE.

El legislador recoge fielmente, y en gran medida, las disposiciones de la Directiva comunitaria. En el artículo 28 se definen los principios de igualdad de trato, discriminación directa, discriminación indirecta, y acoso. Si bien el principio de igualdad de trato o de oportunidades, así como el concepto de acoso, ya habían sido recogidos en la Ley 51/2003 (artículos 1.1 y 7.a), cabe destacar la definición de qué debe entenderse por discriminación directa e indirecta, ambas sancionables. El concepto de discriminación indirecta se adecua al reiterado en diversas ocasiones por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn*, asunto C-237/94) según el cual, el principio de igualdad de trato prohíbe no solo las discriminaciones manifiestas, sino también, cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado, a menos que esté justificada objetivamente y sea proporcionada al objetivo perseguido.

El ámbito de aplicación se refiere, al igual que la Directiva, a cuestiones como el acceso al empleo, la afiliación, las condiciones de trabajo, la promoción profesional y la formación profesional ocupacional y continua, así como el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional (art. 34).

Por otro lado, en el artículo 35 se permite el fomento de medidas positivas que palien las desventajas de las personas discapacitadas: “para garantizar en la práctica la plena igualdad por razón de..discapacidad..., el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o se adopten medidas específicas a favor de determinados colectivos destinadas a prevenir o compensar las desventajas que les afecten relativas a las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección”. Medidas de acción positivas que, recordemos, prevé asimismo la Ley 51/2003 (arts. 8 y 9). En este sentido, se introduce un nuevo artículo 37 bis en la Ley 13/1982, de 7 de abril: “1. para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de discapacidad”.

La adecuación de la legislación española al principio de “ajuste razonable” configurado en el artículo 5 de la Directiva se realiza mediante el referido nuevo artículo 37 bis de la ley 13/1982, párrafo 2º, de conformidad con el cual “los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la información, salvo que estas medidas supongan una carga excesiva para el empresario”.

Para determinar la existencia o no de una carga excesiva se tendrán en cuenta aspectos como “las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad”, los costes de las medidas, y “el tamaño y volumen de negocios de la organización o empresa”. Este principio se conecta directamente con el más general de “diseño para todos”, establecido en el artículo 2 de la LIONDAU, de manera que se conciben o proyecten los entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, etc. de manera que puedan ser utilizados por las personas discapacitadas.

El artículo 36 de la Ley 62/2003 incorpora la “inversión de la carga de prueba” en el orden jurisdiccional civil y contencioso-administrativo, estableciendo que cuando de las alegaciones de la parte actora se “deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación”, entre otros motivos, por razón de la discapacidad, “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. En el ámbito del trabajo, se incorpora este precepto en el artículo 96 de la Ley de Procedimiento laboral.

Finalmente, por lo que al Estatuto de los Trabajadores se refiere, se considerará incumplimiento contractual y causa de despido, entre las previstas en el artículo 54, el acoso por razón de discapacidad al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

La LISMI también se ve modificada, quedando redactado el artículo 37 de la siguiente forma:

- “1. Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41”.
2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa e indirecta basada en la discapacidad.
3. Existirá discriminación directa cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 37 bis de la presente Ley, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión”.

Además de la inclusión, ya comentada, del nuevo artículo 37 bis, relativo a la adopción de medidas positivas y de ajustes razonables en el puesto de trabajo.

Cabe destacar que en esta ocasión, y en cumplimiento del mandato comunitario, el legislador español estableció el correspondiente régimen sancionador en caso de incumplimiento de las disposiciones particulares en materia de igualdad de trato en el empleo. De esta forma, se modifica el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (R. D. Legislativo 5/2000). Pasan a ser infracciones muy graves:

- “Las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación” [apartado 12 del artículo 8];

- “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.” [nuevo apartado 13bis del artículo 8];

- “Establecer condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas para el acceso al empleo por motivos de sexo, origen, incluido el racial o étnico, edad, estado civil, discapacidad, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social y lengua dentro del Estado” [apartado 2, artículo 16].

El establecimiento de este régimen infractor y sancionador (al que resultan aplicables los artículos 39 y ss, con la graduación y cuantía de las sanciones) resulta de suma importancia para garantizar y exigir la aplicabilidad de esta normativa sobre igualdad de trato en el empleo.

V. LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA.

Es necesario formular, aunque sea una breve referencia dado el carácter monográfico del Congreso, en la valoración de la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situaciones de dependencia. El sentido de la misma resulta necesario formularla desde una postura crítica. A mi juicio, resulta incomprensible que, habiendo transcurrido tres años desde la entrada en vigor de la LIONDAU y la importancia que el legislador ha concedido a esta materia a la que ha calificado de Cuarto Pilar del Estado del Bienestar, carece, a mi modo de ver, de una deficiente fundamentación jurídica. Falta en el Preámbulo de la Ley la misma fundamentación jurídica que animaba la reiterada LIONDAU. Esta deficiencia repercute claramente sobre la exigibilidad de los derechos que la ley reconoce a las personas necesitadas en situación de dependencia. No existe una vinculación directa de estos derechos con el artículo 9.2 de la Constitución, con la dignidad de la persona, que sólo se cita de pasada en el artículo 4º del texto legal; paralelamente, el legislador ha introducido un concepto nuevo para justificar la exigibilidad de estos derechos al que denomina “derecho subjetivo de ciudadanía”, respecto del que se ignora en la Doctrina si lo sitúa en una categoría nueva de los derechos, o se trata de una subcategoría de derechos subjetivos con una nueva configuración. Entendemos que, en realidad, el legislador no ha pretendido catalogarlo como derecho subjetivo pleno, sabedor de las dificultades con que se va a encontrar para alcanzar el pleno reconocimiento de los derechos que enuncia en el texto legal.

¡Muchas gracias a todos por su atención!
