

**LA TUTELA CONSTITUCIONAL
DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD**

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA

SUMARIO

1. LOS PARADIGMAS HISTÓRICOS. 1.1 Eugénico. 1.2 Médico. 1.3 Social. 2. EL MODELO CONSTITUCIONAL. 3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS. 3.1 Introducción. 3.2 El Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 3.3 La igual capacidad jurídica. 3.4 La accesibilidad universal. 4. BIBLIOGRAFÍA.

Fecha recepción: 15.06.2017
Fecha aceptación: 19.09.2017

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

HÉCTOR ÁLVAREZ GARCÍA*

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Pablo de Olavide

1. LOS PARADIGMAS HISTÓRICOS

1.1 *Eugenésico*

El sistema de organización político-social de las ciudades-estado de la Antigüedad se fundamentó en la doctrina organicista del poder: la comunidad política —el todo— es anterior y, por tanto, superior y más valiosa que el individuo —la parte¹—, el cual debe sacrificar sus intereses privados en favor del bien común de la colectividad.

«El reconocimiento del carácter orgánico del Estado es la única fuente de la idea de que la comunidad es algo valioso en sí mismo. Y solo del valor superior del todo comparado con sus partes puede derivarse la obligación de los ciudadanos de vivir para ese todo y, en caso necesario, de morir por él.»²

* Departamento de Derecho Público. Universidad Pablo de Olavide. Edificio n.º 6 Manuel José de Ayala, Carretera de Utrera Km. 1. 41013 Sevilla. Email: halvgar@upo.es

¹ «Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte. En efecto, destruido el todo, ya no habrá ni pie ni mano, a no ser con nombre equívoco, como se puede decir una mano de piedra: pues tal será una mano muerta» (ARISTÓTELES, *Política*, 1252b).

² GIERKE, O., *Das Wesen der menschlichen Verbande* (1902), f. 34, citado por KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, p. 221.

La libertad individual de los antiguos era plena en la vida pública: participaban directamente en la adopción de las decisiones políticas que afectaban a la ciudad. Sin embargo, en los asuntos privados empalidecía ante los intereses generales que anegaban la autonomía de la voluntad, sujeta a la ley.

«Todas las acciones privadas están sometidas a una vigilancia severa. Nada está concedido a la independencia individual, ni bajo la relación de las opiniones, ni bajo la de la industria, —ni sobre todo bajo la religión—. (...) Las leyes regulan las costumbres, y las costumbres lo gobiernan todo. No hay nada que no regulen las leyes.

Así, entre los antiguos, el individuo, soberano casi habitual en los asuntos públicos, es esclavo en todas sus relaciones privadas»³.

La ciudad era un organismo armónico, formado por diversas partes perfectamente articuladas. Cada ciudadano debía realizar eficientemente la función que le había sido asignada por la ley en orden a asegurar el bienestar del cuerpo político, la tranquilidad pública⁴.

La vigencia de la teoría política organicista explica que en la Antigüedad la vida humana fuera valiosa en tanto que útil a la comunidad, es decir, solo se valoraba al ciudadano ideal: aquél que respondía al patrón de normalidad biológica que le permitiera cumplir eficientemente con su función social.

La concepción de la ciudad como un ser vivo implicaba la expurgación de los miembros inútiles: aquéllos que menoscaban el vigor del cuerpo político al requerir constantes cuidados, y no contribuían a robustecer ninguna de las partes constitutivas de la ciudad.

³ «De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos», §3 y 4 (conferencia pronunciada por Benjamin Constant en el Athénée Royal de París en 1819).

⁴ «(...) asentemos con Aristóteles que la ciudad es como una naturaleza animada o animal. Porque como el animal bien constituido según su naturaleza se compone de ciertas partes ordenadas entre sí con proporción, y con sus funciones combinadas entre sí y en orden al todo, así la ciudad se forma de determinadas partes cuando está bien constituida según razón. (...) la salud (...) es la disposición buena del animal, en la cual cada uno de sus miembros puede ejercitar perfectamente las acciones propias de su naturaleza; y según esta analogía la tranquilidad será la buena disposición de la ciudad o del reino, en la cual cada una de sus partes puede realizar perfectamente las operaciones convenientes a su naturaleza, según la razón y su constitución. (...) la intranquilidad será la mala disposición de la ciudad o del reino, como la enfermedad del animal, por la cual están impedidos todos o algunos de sus miembros para hacer sus operaciones propias, o tomados aparte absolutamente, o en su conjunto y funcionamiento total» (PADUA, M. de, *El Defensor de la Paz*, I, 2, §3)

Así, pues, el infanticidio fue una práctica eugenésica defendida por egregios filósofos clásicos —Aristóteles⁵ y Platón⁶—, generalizada en Grecia y Roma y justificada por razones religiosas⁷ y de utilidad: la crianza de un niño con discapacidad congénita constituía una pesada carga para la familia y la sociedad debido a su inutilidad. No iba a aportar nada al bien común.

En Atenas, el método empleado para materializar el infanticidio consistía en someter al recién nacido a una inhumana prueba de resistencia: se colocaba al bebé en un recipiente y se le abandonaba durante diez días fuera de la ciudad. Si conseguía sobrevivir al hambre y a las alimañas significaba que gozaba de la protección de los dioses, en cuyo caso era recogido y criado por sus progenitores.

En Esparta, todos los recién nacidos eran examinados por el Consejo de ancianos al objeto de verificar que cumplieran con el estándar biológico exigible para afrontar en el futuro las funciones sociales, esencialmente marciales, a las que eran convocados los espartanos. Si no superaba el examen médico el bebe era lanzado desde el Monte Taigeto.

En la Roma Republicana, sobre la base del principio de patrimonialidad de la descendencia, la Ley de las XII Tablas autorizaba al *paterfamilias* a matar al hijo nacido con deformidad (IV Tabla). Está práctica eugenésica, sin embargo, estaba arraigada desde la fundación de la Ciudad Eterna y continuó durante la etapa imperial.

Adviértase que la ciudad-estado ateniense fue la primera comunidad política en reconocer el derecho a percibir una prestación económica a las personas con discapacidad sobrevenida por causa de guerra, accidente o enfermedad,

⁵ «En cuanto a la exposición o crianza de los hijos, debe ordenarse que no se críe a ninguno defectuoso» (ARISTÓTELES, *Política*, 1335b).

⁶ «Digo, pues, que ya ha sido sentado el principio de que los mejores de cada sexo deben unirse con los mejores con tanta frecuencia, y los inferiores con los inferiores tan rara vez, como sea posible; y que es preciso criar a los vástagos del primer tipo de unión, pero no del segundo, si la estirpe se ha de mantener en condiciones óptimas [...]. Los funcionarios pertinentes llevarán los hijos de los padres selectos al redil o guardería, y allí los depositarán en manos de ciertas nodrizas que habitarán un cuarto separado; pero los vástagos de los inferiores, o de los superiores cuando hayan nacido deformes, serán rechazados (...)» (PLATÓN, *Gorgias*, Carta Séptima).

⁷ «(...) el nacimiento de un niño o niña con diversidad funcional era el resultado de un pecado cometido por los padres en el caso de Grecia, o la advertencia de que la alianza con los Dioses se encontraba rota en el caso de Roma» (SANTAYANA, G., «El peso de la historia: la evolución de los modelos de diversidad funcional», en PALACIOS, A. y ROMANACH, J., *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, Madrid, 2006, p. 41).

como mecanismo de retribución o compensación por los servicios prestados a la ciudad⁸.

Durante el Antiguo Régimen, por influjo del cristianismo toda vida humana tenía valor en sí misma y no en virtud de su utilidad, por tanto, debía ser cuidada y protegida. Se abandonaron las prácticas eugenésicas y se creó una cierta conciencia social sobre la necesidad de procurar un mínimo sustento vital a los pobres⁹, categoría social integrada en un número significativo por personas con discapacidad.

Sin embargo, a pesar de estos cambios las personas con discapacidad siguieron sufriendo el estigma de la maldición divina y eran abandonadas por sus progenitores en los hospicios eclesiásticos, donde se les intentaba procurar un sustento básico para sobrevivir, lo cual no impedía que debido a la escasez de medios muchos murieran por falta de las atenciones necesarias. Estas personas estaban condenadas a la mendicidad o a servir de vil entretenimiento en la Corte como bufones.

A partir de finales del siglo XIX, con la irrupción de las revolucionarias teorías darwinianas sobre la evolución de las especies y la selección natural, se desató un creciente interés por mejorar y perfeccionar al ser humano por medio de las políticas públicas eugenésicas¹⁰, arraigando especialmente en los países anglosajones, el área germánica y la Europa del Norte¹¹.

El caso alemán fue el más trágico: la idea de terminar con la vida de las personas con discapacidad germinó en los años veinte. Binding, penalista alemán, y Hoche, profesor de psiquiatría de la Universidad de Friburgo, publicaron en 1920 un estremecedor opúsculo titulado *La autorización para exterminar a los seres humanos desprovistos de valor vital*. Estos autores sostenían que «en el interés de todo el organismo humano, los miembros menos valiosos deben ser abandonados y eliminados,» y que «un día no lejano llegaremos a la conclusión de que la eliminación de los espiritualmente muertos es un acto permisible y necesario»¹².

⁸ Cfr. PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 37-50.

⁹ Cfr. VIVES, L., *Tratado del socorro de los pobres*, Tecnos, Madrid, 2007.

¹⁰ El término eugenesia fue acuñado por el primo de Darwin, Francis Galton, en 1883. Abogaba por implementar políticas públicas dirigidas a impedir la degeneración de la raza sajona. Cfr. RUIZ GUTIÉRREZ, R. y SUÁREZ Y LÓPEZ GUAZO, L., «Eugenesia, herencia, selección y biometría en la obra de Francis Galton», *Revista ILUIL*, vol. 25, 2002.

¹¹ Durante el primer tercio del siglo XX, una treintena de Estados Norteamericanos aprobaron leyes de esterilización forzosa de mujeres con deficiencias intelectuales. Al otro lado del Atlántico, diversos países europeos siguieron el mismo camino en los años veinte: Suiza, Suecia, Dinamarca y Noruega.

¹² Citado por TALE, C., «La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2005/2006, p. 166, nota 2.

En 1933, con la llegada del nacionalsocialismo al poder, se aprobó la Ley de evitación de la descendencia morbosa. En octubre de 1939, Hitler inició el programa Aktion T-4, en el que conminaba a todos los médicos del III Reich a ejecutar «muertes por compasión». El resultado fue que los nazis esterilizaron a cerca de medio millón de personas y asesinaron sistemáticamente a varios cientos de miles de personas con discapacidad¹³.

1.2 Médico

Después de la Segunda Guerra Mundial, el fenómeno de la discapacidad se afronta desde el paternalismo, el asistencialismo y la institucionalización. Las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales no son causadas por la voluntad divina sino que responden a razones científicas: constituyen el resultado de una patología que provoca una restricción en la funcionalidad de la persona, en relación con los parámetros socialmente establecidos.

La discapacidad era entendida como un problema o afección que concernía exclusivamente a la persona. Su valor social dependía de que se rehabilitara y fuera útil para la comunidad. Los poderes públicos contribuyeron a la reinserción social y a combatir la pobreza de los ciudadanos con discapacidad por medio del reconocimiento de un conjunto de derechos sociales de naturaleza prestacional y económica: educación especial, empleo protegido, sistema público de salud, servicios asistenciales y el régimen público de la seguridad social.

La persona con discapacidad estaba sujeta a la voluntad ajena: médicos y familiares la privaban de su capacidad de autogobierno¹⁴. Debía seguir los tratamientos impuestos durante el proceso de normalización, cuya finalidad era ingresar en la sociedad, pensada y diseñada para el ciudadano que respondiera al patrón de bio-

¹³ Cfr. GARCÍA MARCOS, J. A., *La eutanasia en la Alemania nazi y su debate en la actualidad*, UNED, Valencia, 2009 y MÜLLER, T. y BEDDIES, T., «Eutanasia y eugenesia en la Alemania de Weimar y el Tercer Reich», en MONTIEL, L. y GARCÍA ALONSO, M., *Pensar el final: la eutanasia*, Editorial Complutense, Madrid, 2007, pp. 79-90.

¹⁴ «(...) desde el punto de vista médico presenta tres dimensiones: a) la patrimonial, en el sentido de autonomía e independencia en la actividad socioeconómica, b) la adaptativa e interpersonal, relativa a la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural, y c) la personal, que se corresponde con la capacidad para desenvolverse eficazmente dentro de su entorno, manteniendo una existencia independiente por ser capaz de satisfacer por sí mismo el individuo las necesidades físicas más inmediatas, básicamente alimentación, higiene y autocuidado» (RODRÍGUEZ CARO, M.^a V. «La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de las personas con discapacidad. Novedades en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y en el ámbito penal», p. 2, <https://goo.gl/8rIL0T>, fecha de consulta: 05/05/2017).

lógico medio, es decir, era la persona la que tenía que adaptarse al entorno y si no podía o era inviable su recuperación se la institucionalizaba de por vida.

La comunidad estaba exonerada de cualquier tipo de responsabilidad u obligación. Se limitaba a ofrecer soluciones exclusivamente médicas, claramente insuficientes y perniciosas para conseguir la inclusión política, económica y social de las personas con discapacidad.

La construcción teórica del modelo médico o rehabilitador se fundamenta en la ideología que Stiker denomina *the social ideal of erasure* —el ideal de la goma de borrar—, basada en que un determinado paradigma físico-psíquico, impuesto por el imperialismo cultural hegemónico, que desprecia al diferente tildándole de desviado respecto al patrón imperante, lleva a la invisibilidad social de las diferencias y necesidades de las personas con discapacidad, cristalizando en la construcción de un entorno hostil¹⁵.

La política pública que nos ilustra vivamente esta reflexión es el modelo de accesibilidad a los servicios públicos del ciudadano medio, pretiriendo al resto de la población que por diversas causas no entra en este concepto apolíneo que presupone unas capacidades y habilidades de las que carece un importante número de ciudadanos.

En efecto, no solo resultan postergadas las personas con discapacidad permanente, sino también muchas otras limitadas coyunturalmente en su funcionalidad ordinaria: embarazadas, lesionados en período de rehabilitación, familias con hijos pequeños, personas obesas, personas que cargan bultos, adultos mayores, etc., sufren la restricción de sus derechos fundamentales al conculcarse sus posibilidades de interacción social.

1.3 Social

El Movimiento de Vida Independiente, artífice intelectual o ideológico del enfoque social de la discapacidad, surgió al calor de las reivindicaciones por los derechos civiles de la población negra en los Estados Unidos en el gozne de la década de los sesenta y setenta.

El precursor de la lucha contra la discriminación de las personas con discapacidad en Norteamérica fue Ed Robert. Este joven estudiante universitario, cuya vida dependía de un pulmón artificial, superó todas las dificultades impues-

¹⁵ Cfr. ASÍS, R. de, BARIFFI, F. y PALACIOS, A., «Principios éticos y fundamentos jurídicos», en LORENZO, R. de y PÉREZ BUENO, L. C. (coord.), *Tratado sobre la discapacidad*, Aranzadi, Madrid, 2007, p. 87.

tas por los poderes públicos para terminar sus estudios universitarios en Ciencia Política.

El éxito de Robert en sus demandas de accesibilidad universitaria fue el germen del Movimiento de Vida Independiente, cuyas reivindicaciones de inmediato de extendieron a todos los ámbitos de la vida social. Su ideario se cifraba en la libertad de las personas con discapacidad para decidir sobre las cuestiones que afectaran a su propia vida¹⁶.

El modelo social considera la discapacidad como una forma de opresión o sometimiento social que se ejerce sobre el conjunto de personas que difieren del patrón de normalidad biológica.

«Para entenderlo es necesario comprender la distinción entre la deficiencia física y la situación social, a la que se llama «discapacidad», de las personas con tal deficiencia. Así, definimos la deficiencia como la carencia total o parcial de un miembro, o la posesión de un miembro, órgano o mecanismo defectuosos; y la discapacidad es la desventaja o la limitación de la actividad causada por una organización social contemporánea que tiene en escasa o en ninguna consideración a las personas con deficiencias, y por tanto, las excluye de participar en las actividades sociales generales. La discapacidad es, por consiguiente, una forma particular de opresión.»¹⁷

La causa que socava la libertad moral¹⁸ de este grupo social no es la deficiencia, sino que es la sociedad la que realmente le impide el libre desarrollo de su personalidad¹⁹. Es el naufragio de la sociedad que no ha sabido o querido adaptarse a las necesidades de todos los ciudadanos²⁰. Los cambios —la normaliza-

¹⁶ Cfr. SANTAYANA, G., *op. cit.*, pp. 49-55.

¹⁷ «Principios fundamentales de la Discapacidad», *Manifiesto de la Unión de los Físicamente Impedidos contra la Discriminación*, Londres, 1976, citado por MOSCOSO, M., «La discapacidad como diversidad funcional: los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social», *Dilemata*, n.º 7, 2011, p. 78.

¹⁸ «(...) el artículo 1.1 de la Constitución consagra la libertad como «valor superior» del ordenamiento jurídico español, lo que implica, evidentemente, el reconocimiento, como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias» (STC 132/1989, de 18 de julio, FJ. 6.º).

¹⁹ «La discapacidad surge de una deficiencia que existe dentro de la sociedad, que es la que crea las barreras que impiden la integración y el entendimiento» (Declaración del Foro Europeo de la Discapacidad, octubre de 1994).

²⁰ «El problema radica en el fracaso de la sociedad y del entorno creado por el ser humano para ajustarse a las necesidades y aspiraciones de las personas con discapacidad, y no en la incapacidad de dichas personas para adaptarse a las demandas de la sociedad» (HARLAN HAHN, adalid del movimiento por los derechos de las personas con discapacidad en Estados Unidos, «Public

ción— deben operarse sobre el medio social para construir una sociedad plenamente democrática, donde se respeten los derechos y las libertades de todos.

El modelo social parte de la concepción de la deficiencia como una diferencia, igual que el género o la raza. Rechaza connotaciones nocivas o peyorativas y aboga por una visión positiva y optimista de la deficiencia, al considerarla como un rasgo más de la persona, como un elemento enriquecedor de la diversidad y heterogeneidad de la especie humana.

Se fundamenta en la acción social y política: la primera se refiere a la responsabilidad que tiene la sociedad de remover los obstáculos y eliminar todas las barreras, incluidas las psicológicas, que impiden la plena participación en la vida pública de las personas con deficiencia. Y la segunda se dirige a la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos.

Este nuevo enfoque modifica sustancialmente la estrategia política y social de la discapacidad: de los tratamientos rehabilitadores, del asistencialismo y la perenne tutela estatal y familiar, propios del modelo médico, a la gestión de los apoyos y la adaptación del medio a las deficiencias.

El papel de la sociedad es nuclear en la misión de conseguir la plena inclusión de los ciudadanos con deficiencias. Hay que superar la pasividad y la neutralidad de tiempos pretéritos y abogar por un posicionamiento activo y enérgico de la comunidad política en orden a favorecer el pleno disfrute de sus derechos, a los que son acreedores por su condición de personas.

«La sociedad, en efecto, no es solo el escenario en el que acontece el problema, sino que es un personaje importante del drama. La sociedad discapacita y rehabilita, segrega y agrega. La sociedad, por ello, ha de ser objeto de intervenciones que la hagan cada vez menos agresiva y más accesible, menos áspera y más hospitalaria, menos normativa y más tierna.»²¹

La sociedad es responsable del acontecer relativo a la discapacidad: es un agente provocador de resultados —positivos o negativos—, de forma que no puede sustraerse a su responsabilidad. Debe tener una voluntad inequívoca de constituirse en parte impulsora y favorecedora del cambio y de la transformación de la situación actual por medio de la acción directa de las instituciones y demás

support for rehabilitation programs: the analysis of US Disability Policy», *Disability, Handicap & Society*, vol. 1, n.º 2, 1986, p. 128).

²¹ CASADO PÉREZ, D, «Prólogo» de *La discapacidad como problema social*, Buenos Aires, Eudeba, 1987 (PANTANO, L.), citado por BENARDELLI, B., «Accesibilidad al medio físico y comunicacional», en *Discapacidad en Argentina: un diagnóstico de situación y políticas pública vigentes a 2005*, Fundación Par, Buenos Aires, 2006, p. 114.

entidades representativas del cuerpo social, que están legitimadas para modificar la realidad y conseguir los objetivos de integración y pleno desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con deficiencia.

2. EL MODELO CONSTITUCIONAL

En el constitucionalismo comparado de la Europa occidental hallamos un reducido número de países que han incorporado alguna referencia a las personas con discapacidad. Los precedentes del artículo 49 de la Constitución española se encuentran en el artículo 38.§1 y §3 de la Constitución italiana²²; en el artículo 21.2 de la Constitución griega²³, en el artículo 17 del capítulo primero de la Constitución maltesa²⁴; en el Preámbulo de la Constitución francesa de la IV República²⁵, que continúa en vigor al ser incorporado por remisión a la Constitución de 1958²⁶ y en el artículo 71 de la Constitución portuguesa:

«1. Los ciudadanos portadores de deficiencia física o mental gozan plenamente de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en la Constitución, con excepción del ejercicio o del cumplimiento de aquéllos para los cuales se hallen incapacitados.

2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y de tratamiento, rehabilitación e integración de los ciudadanos portadores de deficiencia, y de apoyo a sus familias; a desarrollar una pedagogía que sensibilice

²² «Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social» (§1).

«Los incapacitados y los minusválidos tendrán derecho a la educación y a la formación profesional» (§3).

²³ «Las familias numerosas, los inválidos de guerra o de tiempo de paz, las víctimas de la guerra, las viudas y los huérfanos por razón de guerra, así como las personas que sufran enfermedad corporal o mental incurable, tendrán derecho a una atención especial por parte del Estado».

²⁴ «Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los recursos necesarios para la subsistencia tienen derecho al mantenimiento y a la asistencia social.

Los trabajadores tienen derecho a un seguro razonable contributivo para sus necesidades en caso de accidente, enfermedad, discapacidad, vejez y desempleo involuntario.

Las personas discapacitadas y las personas incapacitadas tienen derecho a la educación y la formación profesional.»

²⁵ «Todo ser humano que, debido a su edad, su estado físico o mental o su situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad los medios de existencia necesarios» (§11).

²⁶ «El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003» (Preámbulo, §1).

a la sociedad en cuanto a los deberes de respeto y solidaridad para con ellos y a asumir la carga de la realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores.

3. El Estado apoya las organizaciones de ciudadanos portadores de deficiencia.»

Mientras que las Constituciones italiana, francesa, griega y maltesa se limitan a explicitar la obligación estatal de subvenir las necesidades de las personas con discapacidad y a reiterar su derecho a la educación y a la formación profesional, la Constitución portuguesa contiene previsiones normativas específicas para la protección integral y efectiva de los derechos de las personas con discapacidad.

Como es sobradamente conocido, la parte dogmática de la Constitución española es deudora, en gran medida, de su homónima portuguesa. Esta influencia se aprecia en el tenor literal del artículo 49:

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

El contenido sustantivo de este precepto estaba recogido esencialmente en el artículo 42 del Anteproyecto constitucional y quedó prácticamente definido en el texto propuesto por la Ponencia del Congreso²⁷. No fue apenas objeto de debate en el proceso constituyente por dos motivos: «primero, la sensibilidad general e indiscutible, incluso aunque fuese en términos puramente políticos, hacia el reconocimiento constitucional de este sector específico de la población española; en segundo lugar, el significado del artículo 49 como estricto derecho social, es decir como precepto «voluntarista» que expresa el sentimiento de solidaridad a seguir por los poderes públicos en su función asistencial, pero que no configura en absoluto un derecho subjetivo»²⁸.

²⁷ Sobre el proceso de redacción del artículo 49 por las Cortes Constituyentes de 1977, véase TORRES DEL MORAL, A., «La incorporación de los derechos de los discapacitados por el constitucionalismo de la segunda posguerra», en TEROL BECERRA, M. J. (director), *III Foro andaluz de los derechos sociales. Diversidad y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 160-166.

²⁸ GARCÍA MARTÍNEZ, A. y SIEIRA, S., «Sinopsis del Artículo 49», Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, <https://goo.gl/0HkJ8y>, fecha de consulta: 14/05/2017.

El artículo 9.2 de la Norma Suprema²⁹ y los Principios Rectores de la Política Social y Económica³⁰ son normas jurídicas³¹ —«normas de contenido social»³²— que desarrollan o concretan el Preámbulo constitucional, los valores superiores del Ordenamiento jurídico y la cláusula del Estado social³³.

En efecto, el sistema democrático español no es solo un método de gobierno —regla de la mayoría—, sino que el componente social tiene un lugar preponderante en la configuración del modelo político de convivencia democrática, instaurado por la Constitución de 1978.

Llama poderosamente la atención que los constituyentes utilizaran la peyorativa denominación de «disminuidos», que implica un desvalor hacia las personas con discapacidad, cuando la Constitución portuguesa, aprobada dos años antes, ya empleaba la respetuosa expresión de «ciudadanos portadores de deficiencia».

Urge la modificación nominal vigente en la Carta Magna para referirse a este nutrido grupo social, formado por el diez por ciento de la población española, por otra que ponga el énfasis en la dignidad humana, en la condición de sujetos titulares de derechos. Nótese que el lenguaje no es ideológicamente neutro, sino que tiene un gran poder persuasivo porque proyecta y define la imagen pública

²⁹ «Este precepto, al encomendar a los poderes públicos promover 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, refleja la dimensión social del Estado de Derecho e impone determinados cometidos a sus poderes, pero no reconoce derecho subjetivo alguno que sea susceptible de protección de amparo» (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ. 4.º).

³⁰ Cfr. TENORIO SÁNCHEZ, P., «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno», en CASCAJO CASTRO, J. L., TEROL BECERRA, M. J., et al., *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 266-272.

³¹ «Son normas jurídicas cuyos destinatarios son los poderes públicos (...) así como los restantes operadores jurídicos, que no podrán realizar ninguna actuación jurídica que los contradiga. No son pues plenamente derechos, aunque sí son normas jurídicas inspiradas en los valores que fundamentan los derechos, además de rango constitucional, protegidas por el recurso de inconstitucionalidad» (PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Colección «Derechos Humanos y Filosofía del Derecho», con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG y M. C. BARRANCO, Dykinson, Madrid, 2004, p. 283).

Cfr. STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ. 4.º

³² Cfr. CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 76, 1992.

³³ Cfr. SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56, 1987, pp. 96-102.

de las personas con discapacidad, de modo que puede ser empleado para acentuar la discriminación o favorecer la inclusión.

En cuanto al contenido sustantivo del precepto, debemos significar que la influencia del artículo 71 de la Constitución portuguesa es notoria, por lo que reproduce el enfoque holístico o integral del fenómeno de la discapacidad, adoptado por aquélla de forma inédita.

El artículo 49 de la Constitución postula un paradigma mixto o híbrido, es decir, los constituyentes consideraron que la discapacidad debía ser abordada por medio de soluciones médicas y asistenciales —«tratamiento y rehabilitación (...) atención especializada»—, aportadas por el Régimen Público de la Seguridad Social (art. 41) y el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43), imprescindibles para curar o paliar en la medida de lo médicamente posible las deficiencias de toda naturaleza que padecen las personas con discapacidad, pero en la convicción de que la discriminación secular que sufren estos ciudadanos no es un problema individual debido a su inadaptación personal al medio, sino que es causado esencialmente por el prejuicio³⁴ o desvalor inmanente en la sociedad española, que los considera inferiores o incapacitados para desenvolverse eficazmente en las relaciones sociales.

Así, pues, en el precepto constitucional se explicita que el carácter limitado de la óptica médica debía ser complementado con acciones positivas de los poderes públicos que favorecieran el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con discapacidad, lo que conecta el artículo 49 con los valores de igualdad y libertad (art. 1.1), la cláusula del Estado social (art. 1.1), la dignidad humana (art. 10.1) y el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14³⁵, cuyo contenido constitucional está integrado por el artículo 9.2³⁶ de la Constitución española.

³⁴ «Una actitud hostil o prevenida respecto de una persona que pertenece a un grupo, simplemente porque pertenece a ese grupo, suponiendo por lo tanto que posee las condiciones objetables atribuibles al grupo» (ALLPORT, G. W., *La naturaleza del prejuicio*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 22).

³⁵ «No siendo cerrado el elenco de factores diferenciales enunciados en el artículo 14 CE, es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación» (STC 269/1994, de 3 de octubre, FJ. 4.º).

³⁶ «(...) la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino que también persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución. Más en concreto, la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no solo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión

3. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

3.1 *Introducción*

La teoría ilustrada de la dignidad se construye sobre las capacidades humanas, la utilidad social y la naturaleza instrumental de los derechos. La dignidad era un atributo que se asignaba a aquellas personas que alcanzaban el grado socialmente estimado en el desarrollo de sus capacidades racionales, comunicativas y sensitivas. Ello implicaba que su actividad beneficiaría a la sociedad y, por tanto, había que reconocerles derechos públicos subjetivos que promocionaran, estimularan y protegieran esas capacidades en orden a que las personas rindieran los mejores frutos.

Sensu contrario, aquellas personas que presentaran deficiencias en sus capacidades eran una carga social. No eran dignas y, por tanto, no eran titulares originarios de derechos y solo podían recibir caridad o asistencialismo gracioso por parte del Estado para cubrir sus necesidades de subsistencia.

En cambio, la dignidad en la teoría de los derechos fundamentales es un atributo consustancial a toda persona —por su cualidad ingénita de agente racional y libre— con independencia de que se aproxime o se aleje del patrón de normalidad físico-psíquica fijado en un determinado momento histórico.

El respeto a la dignidad de las personas con discapacidad exige el reconocimiento de su libertad moral, característica predicable de todos ciudadanos, y que se concreta en la facultad para autodeterminarse, para forjar su propio destino vital mediante la adopción autónoma de decisiones personalísimas. Para ello, los poderes públicos han de abandonar las tradicionales políticas públicas heterónomas —paternalistas, proteccionistas y asistenciales—, basadas en el paradigma de la incapacidad de la persona para autogobernarse y que exige la constante asistencia de un tercero, el tutor, que asume la dirección de su vida.

La garantía de la dignidad humana reclama no solo el reconocimiento de la titularidad formal de los derechos, sino especialmente la igualdad en el ejercicio de los mismos por parte de las personas con discapacidad, cuya finalidad es asegurar una vida buena a todos los ciudadanos. Los derechos son un instrumento al servicio de la libertad moral de las personas, sin los cuales no podríamos auto-

constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinadas grupos sociales (...)» (STC 19/1989, de 31 de enero, FJ. 4.º).

determinarnos: orientar nuestra existencia a la consecución de los objetivos predefinidos³⁷.

3.2 *El Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*

Tras la II Guerra Mundial, alborea el Derecho Internacional de los Derechos Humanos presidido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), que junto con los Pactos Internacionales de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales (1966) y sus dos Protocolos facultativos conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos, cuya finalidad fue construir un *corpus* jurídico tuitivo que garantizara los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos en todo el mundo. Ardua misión que se ha visto facilitada por la concertación de otros instrumentos jurídicos regionales sobre la misma materia: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), la Convención Interamericana de Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana de Derechos Humanos (1981).

Sin embargo, no fue suficiente para que los Estados Parte de los diferentes tratados internacionales respetaran los derechos fundamentales de todos, pretiriendo a mujeres, niños, personas con discapacidad, minorías étnicas, etc., lo que motivó la elaboración de convenios internacionales *ad hoc* para preservar los derechos fundamentales de estos amplios sectores de la ciudadanía, que sistemáticamente eran socavados en inúmeros lugares del planeta: Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), etc.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, es uno más³⁸. El preámbulo nos presenta una completa descripción de las dramáticas condiciones de vida en las que se hallan las personas con discapacidad:

«Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discrimina-

³⁷ Cfr. Asís, R. de, «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos», en CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A., *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 30-48.

³⁸ La Convención fue ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 e incorporada a nuestro derecho interno por medio de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de abril de 2008.

ción por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición»³⁹; y «destacando el hecho de que la mayoría de las personas con discapacidad viven en condiciones de pobreza y reconociendo, a este respecto, la necesidad fundamental de mitigar los efectos negativos de la pobreza en personas con discapacidad.»⁴⁰

El Convenio subraya también la oprobiosa situación de las mujeres con discapacidad, doblemente discriminadas y «expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, a la violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación»⁴¹.

En el pórtico del Tratado reza su principal objetivo: «(...) promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente»⁴².

El Convenio no es una declaración programática sino que tiene un carácter jurídico vinculante. Marca un claro cambio ideológico en el tratamiento de la discapacidad. Sitúa en un primer lugar las políticas integradoras propias del modelo social y relega a un segundo plano las deficiencias físicas, psíquicas o sensitivas en que se materializa la discapacidad.

El Tratado considera que la discapacidad resulta «de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»⁴³. Esta manera de entenderla supone una ruptura radical con el modelo médico y una apuesta decidida por el modelo social, que considera la discapacidad como un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas o agravadas por la sociedad, impidiendo a las personas con deficiencia el ejercicio de sus derechos.

El tratamiento de la discapacidad desde la perspectiva de los derechos fundamentales es la gran aportación jurídico-política del Convenio sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Constituye la punta de lanza en el ámbito internacional contra la discriminación secular de este colectivo⁴⁴. Se

³⁹ Preámbulo, §p.

⁴⁰ *Ibidem*, §t.

⁴¹ *Ibidem*, §q.

⁴² Artículo 1.

⁴³ Preámbulo, §e.

⁴⁴ «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» (Preámbulo, §h).

caracteriza por reformular los derechos fundamentales que forman parte del acervo jurídico-constitucional de los Estados democráticos teniendo en cuenta la diversidad que presenta este grupo social, haciendo especial hincapié en la garantía de su eficacia en orden a que los Estados Parte implementen las acciones positivas oportunas que hagan posible el ejercicio autónomo de sus derechos y dejen de ser ciudadanos con un déficit de ciudadanía.

«Los principios de la presente Convención serán: el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer.»⁴⁵

Asimismo, el Convenio ha reconocido cuatro nuevos derechos para las personas con discapacidad: igual capacidad jurídica, accesibilidad universal, vida independiente e inclusión social y el uso de la lengua de signos⁴⁶.

3.3 *La igual capacidad jurídica*

Como consecuencia de la filosofía del modelo social y del principio de igualdad que inspiran el Convenio, el artículo 12 establece que las personas con discapacidad «tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» y que los Estados Parte deben procurarles el acceso al «apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica».

Este precepto implica una revolución copernicana en los sistemas tuitivos de las personas con discapacidad vigentes en los ordenamientos jurídicos democráticos, porque «unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede en cualquier persona, y a partir de esta necesaria igualdad, proporcionarle los mecanismos de apoyos adecuados. Así, se asegura a la persona con discapacidad su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y se restringe el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar»⁴⁷.

El Convenio consagra el principio de autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad al objeto de potenciar al máximo su autodeterminación,

⁴⁵ Artículo 3.

⁴⁶ ROIG ASÍS, R. de, «Discapacidad y Constitución», *Derechos y Libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n.º 29, 2013, p. 45.

⁴⁷ STS 282/2009, de 29 de abril, FJ. 3.º

«porque la capacidad de decidir es la puerta de acceso a todo el catálogo de derechos constitucionales, sin la cual se convierten en meras proclamas retóricas y vacías de contenido real»⁴⁸. Preconiza la sustitución del sistema de consentimiento por representación, propio del modelo médico, por un modelo de apoyos respetuoso con la libertad moral de los ciudadanos con limitaciones funcionales⁴⁹.

En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, Real Decreto 1/2013) ha asumido —como no podía ser de otra manera— la doctrina del sistema de apoyos para respetar, en la mayor medida posible, la libertad en el autogobierno de las personas con discapacidad⁵⁰:

«Artículo 6. Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad.

1. El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.

2. Las personas con discapacidad tienen derecho a la libre toma de decisiones, para lo cual la información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados y de acuerdo con las circunstancias personales, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño universal o diseño para todas las personas, de manera que les resulten accesibles y comprensibles.

En todo caso, se deberá tener en cuenta las circunstancias personales del individuo, su capacidad para tomar el tipo de decisión en concreto y asegurar la prestación de apoyo para la toma de decisiones.»

⁴⁸ BARIFFI, F., «Introducción a la Mesa Redonda: Plena igualdad ante la Ley, capacidad jurídica y limitación de derechos», en *Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI, 2014, p. 5, <https://goo.gl/Z982HS>, fecha de consulta: 19/05/2017.

⁴⁹ Cfr. BARRANCO, M. del C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2012, pp. 54-69.

⁵⁰ «El autogobierno es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirían causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada. Y como la realidad ordinariamente es complicada, es preciso admitir que, como recordaba ya la Sentencia 479/1994, de 20 mayo, en algún caso el estado mental de una persona admite distintos grados de discernimiento, y conforme a ellos la pérdida de autogobierno sea parcial o referida a algunas actividades vitales y no a otras» (STS 341/2014, de 1 de julio, FJ. 6.º).

La cláusula final del artículo 49 de la Constitución española incorpora el mandato a los poderes públicos de amparar especialmente a las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos que el Título Primero otorga a todos los ciudadanos.

Cualquier iniciado en la disciplina constitucional convendrá que la expresión «amparán especialmente» y el verbo «otorgar» constituyen crasos errores técnico-jurídicos impropios de una Constitución.

Por una parte, el artículo 53.2 establece un procedimiento preferente y sumario de amparo judicial para tutelar los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria y, excepcionalmente, se puede activar el instrumento tuitivo del recurso de amparo constitucional. La protección de los demás derechos del Título I deberá impetrarse ante los juzgados y tribunales, tal y como establece el artículo 24.1. La Constitución no instituye ninguna vía singular o especial para proteger los derechos de las personas con discapacidad que deben aquietarse al régimen general previsto para todos los ciudadanos.

Por otra, los derechos se reconocen o se garantizan porque o bien son previos al Estado (tesis iusnaturalista) o bien son instituidos por el poder político en las normas jurídicas (tesis iuspositivista). En cualquier caso, no se otorgan ya que no son concesiones graciosas del autócrata de turno, sino facultades, poderes o atribuciones aprobadas por el pueblo español, cuya derogación exige dar cumplimiento al procedimiento de reforma constitucional.

Sin embargo, no comparto con Torres del Moral que la expresión «amparán especialmente» sea una «expresión jurídica vacía, (...) puramente demagógica»⁵¹. Todo aquello que integra el texto constitucional no debe ser despachado con ligereza, sino que debe ser objeto de hermenéutica, con independencia de su mejor o peor calidad técnica. Por ello, en este caso debemos realizar una interpretación sistemática en orden a intentar desentrañar la voluntad del constituyente, es decir, llegar a acariciar el sentido o significado que anudó a esta errada expresión jurídica.

Esta directriz o mandato de los constituyentes a los poderes públicos reviste una especial relevancia ya que, por una parte, tiene por objeto garantizar el ejercicio de los derechos por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos a través de las acciones positivas (art. 9.2); y, por otra, cuando a causa de sus padecimientos psíquicos una persona no pueda gobernarse por sí misma, los poderes públicos deben fijar el régimen tuitivo —tutela o curatela— que, por imperativo de la protección constitucional con-

⁵¹ TORRES DEL MORAL, A., «La incorporación de los derechos de los discapacitados...», *op. cit.*, p. 169.

ferida a la dignidad humana en el artículo 10 de la Constitución⁵², debe restringir en la menor medida posible la capacidad de obrar de la persona afectada, de forma que pueda seguir ejerciendo aquellos derechos que no se vean afectados por sus limitaciones cognitivas y volitivas, pero que a su vez confiera una protección suficiente a la persona y a su patrimonio.

La incapacitación «debe ser un traje a medida. Para ello hay que conocer muy bien la situación de esa concreta persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones»⁵³.

La incapacitación total procederá «cuando no exista ninguna faceta de la autonomía de la persona con discapacidad que ésta pueda realizar por sí sola o, cuando menos, auxiliada o supervisada por otra». En estos casos el tutor asume la representación legal de la persona incapacitada al objeto de proteger su persona y patrimonio. Sin embargo, tutela no significa paternalismo ni dominación⁵⁴, ni que la actuación del tutor pueda ser totalmente ajena a la voluntad del incapacitado, sino que «el ejercicio de esta representación debe atender a las preferencias de la persona discapacitada, que se puedan haber manifestado con anterioridad o que de algún modo puedan serlo en ese momento, y siempre bajo control judicial»⁵⁵.

Asimismo, debemos tener en consideración que aún cuando estemos ante una incapacitación absoluta que declare a la persona incapaz para regir su persona y administrar sus bienes, el Tribunal Supremo ha aplicado de forma analógica el artículo 162.1.º del Código Civil, referido a los menores de edad, a las personas incapaces al objeto de determinar que la representación legal del tutor no se extiende a «los actos relativos a los derechos de la personalidad u

⁵² «(...) el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1)» (STC 174/2002, de 9 de octubre, FJ. 5.º).

⁵³ STS 341/2014, de 1 de julio, FJ. 6.º

⁵⁴ «(...) es largo sabido que la noción clásica de «protección» puede ser muy rigurosa y servir de base para un paternalismo excesivo que en realidad genere en la práctica una situación de dominación y exclusión de ciertos grupos de personas del goce efectivo de sus derechos» (BARIFFI, F., *op. cit.*, p. 6).

⁵⁵ STS 341/2014, de 1 de julio, FJ. 7.º

otros que, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

«Así el artículo 162 CC exceptúa de la representación de los padres «los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (un caso emblemático es el recogido en la STC 154/2002, de 18 julio sobre libertad religiosa del hijo menor de edad, aunque mayor de 14 años) y aunque el artículo 162 CC aparece referido solo a menores, esta misma norma se aplicará cuando se prorrogue la patria potestad, al incapacitarse hijos mayores y, por su propia naturaleza, a los incapacitados, ya que la sentencia tiene contenido variable, según dispone el artículo 760.1 LEC (...)»⁵⁶.

La incapacidad parcial es la que encaja mejor con el espíritu del Convenio ya que no se recurre a la sustitución del consentimiento, sino que el curador apoya, asiste o aconseja a la persona incapacitada para que tome las mejores decisiones⁵⁷, pero no suple su voluntad sino «que la refuerza controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial o, en otro caso, ha de entenderse que se extiende a los mismos actos en que los tutores precisen previa autorización judicial, conforme dispone el artículo 290, en relación al 271 y 272 todos ellos del Código Civil»⁵⁸.

3.4 *La accesibilidad universal*

Con anterioridad a la vigencia en el Ordenamiento jurídico español del Convenio, el poder legislativo ya había postergado el modelo médico en favor del paradigma social y de igualdad material⁵⁹, al haber quedado demostrado empíricamente que el sistema paternalista y asistencial desarrollado por entidades

⁵⁶ STS 282/2009, de 29 de abril, FJ. 5.º

⁵⁷ «La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido» (art. 289 del Código Civil).

⁵⁸ STS 995/1991, de 31 de diciembre, FJ. 2.º

⁵⁹ Cfr. Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

públicas y privadas para atender las necesidades de las personas con discapacidad lo único que había conseguido era acentuar su dependencia, aislamiento y exclusión social.

Hay una hostilidad dialéctica hacia el modelo rehabilitador debido a sus nefandos resultados, obtenidos como consecuencia de haber privado a las personas con discapacidad de participar activamente en todas aquellas decisiones que les afectaban, tomadas sin su consentimiento sobre la base de un paternalismo estatista y familiar que ha vulnerado su autonomía y dignidad como personas, cosificándolas.

Las personas con discapacidad son sujetos morales que deben disfrutar del pleno ejercicio de sus derechos fundamentales en orden a elegir su propio camino y tomar, en libertad, aquellas decisiones que consideren oportunas sobre las cuestiones que les conciernan. No son menores de edad que requieran la protección perpetua de terceras personas o instituciones que les anulen como personas, y les priven de sus derechos de ciudadanía, apartándoles de la convivencia social.

La vía que los Estados han de construir para garantizar a las personas con discapacidad la plena efectividad de sus derechos es la promoción de la autonomía personal y la accesibilidad universal⁶⁰, incardinadas en el modelo social. Lo que supondría su auténtica inclusión social en igualdad de oportunidades con los demás ciudadanos. Para ello hay que vencer la miríada de escollos de heterogénea naturaleza que constriñen el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos con discapacidad.

El modelo de sociedad que debe emerger progresivamente con el empeño y la voluntad de los poderes públicos y del cuerpo social es el previsto en las Normas Uniformes de las Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad de 1993:

«El principio de la igualdad de los derechos significa que las necesidades de cada persona tienen igual importancia, que esas necesidades deben constituir la base de la planificación de las sociedades y que todos los recursos han de emplearse de manera que garanticen que todas las personas tengan las mismas oportunidades de participación.»

En España, la Ley 51/2003, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante, LIONDAU) vino a dar un renovado impulso a las políticas públicas inclusivas, dada la persistencia de situaciones de desigualdad y discriminación en la sociedad

⁶⁰ Cfr. artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2013.

española, lo que revelaba la insuficiencia de la Ley de integración social de los minusválidos y, por extensión, del modelo médico en el que se sustentaba.

«Hoy es sabido que las desventajas que presenta una persona con discapacidad tienen su origen en sus dificultades personales [reminiscencia del modelo médico], pero también y sobre todo en los obstáculos y condiciones limitativas que en la propia sociedad, concebida con arreglo al patrón de la persona media, se oponen a la plena participación de estos ciudadanos [modelo social].»⁶¹

Las dos estrategias que incorporaba la LIONDAU —y que han sido integradas en el Real Decreto Legislativo 1/2013— para asegurar y proteger los derechos fundamentales de las personas con discapacidad eran la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal.

La primera pretende conseguir la igualdad material y la segunda la participación activa de estos ciudadanos en la comunidad política y la autodeterminación de su propia vida mediante la adopción soberana de sus decisiones, dejando de ser sujetos pasivos de las tomadas por otros. Para lo cual es imprescindible evolucionar hacia un entorno social plenamente accesible: productos, servicios, equipamientos, etcétera inclusivos que tengan en cuenta a todas las personas y puedan ser utilizados en igualdad.

Tal y como certeramente advertía el preámbulo de la LIONDAU, la no accesibilidad es una forma indirecta de discriminación «pues genera una desventaja cierta a las personas con discapacidad en relación con aquéllas que no lo son»⁶², de tal forma que convergen directamente accesibilidad y no discriminación. Estamos ante uno de los ejes axiales de la discapacidad porque entronca derechamente con la libertad individual, entendida como autodeterminación racional del ciudadano para elegir su horizonte vital.

«(...) identificar por qué se producen las barreras, qué se puede hacer para que no se vuelvan a originar, y cómo desarrollar las medidas, programas y políticas necesarias para avanzar hacia la igualdad de oportunidades de los ciudadanos en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes.»⁶³

Podemos aproximarnos al concepto de accesibilidad universal a través de la definición legal prevista en el Real Decreto 1/2013, que la considera como «la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servi-

⁶¹ Preámbulo, I, §5.

⁶² I, §13.

⁶³ SALA MOZOS, E. y ALONSO LÓPEZ, F., *La accesibilidad universal en los municipios: guía para una política integral de promoción y gestión*, Colección Manuales y Guías. Serie Servicios Sociales, n.º 33003, IMSERSO, Madrid, 2006, p. 51, <https://goo.gl/2g09dc>, fecha de consulta: 21/04/2017.

cios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse»⁶⁴.

«(...) todo ha de estar disponible para todos, al menos potencialmente, de modo que no basta con adaptaciones o supresiones parciales de barreras, ni es suficiente con ofrecer soluciones alternativas o sustitutorias.»⁶⁵

Para alcanzar el objetivo de una sociedad abierta y accesible es imprescindible adoptar como principio de actuación la transversalidad de las políticas públicas en materia de discapacidad⁶⁶ e implementar la política de diseño universal, definida como «la actividad por la que se conciben o proyectan desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, programas, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal o diseño para todas las personas» no excluirá los productos de apoyo para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando lo necesiten»⁶⁷:

«Si las puertas de 0,7 m no permiten el acceso de una silla de ruedas, no se diseñarán más puertas de este tipo. Todas tendrán el ancho necesario para favorecer todo tipo de acceso. ¿Cómo sería una ciudad así, donde todo lo existente posibilite la vida autónoma de todas las personas, donde todo esté preparado para recibir a todos y a todas?»⁶⁸

⁶⁴ Artículo 2.k.

⁶⁵ ALONSO LÓPEZ, F., «Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos», en LORENZO, R. de y LÓPEZ BUENO, L. C. (coords.) *Tratado sobre discapacidad*, Madrid, 2007, pp. 1219 y 1220.

⁶⁶ «(...) principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad» (art. 2.º del Real Decreto Legislativo 1/2013).

⁶⁷ Artículo 2. k del Real Decreto Legislativo 1/2013.

⁶⁸ EROLES, C., «Naturaleza de la discriminación contra las personas con discapacidad», en EROLES, C. y FIAMBERTI, H., (compiladores) *Los derechos de las personas con discapacidad*, Eudeba, Buenos Aires, 2008, p. 42.

Sin embargo, la política de diseño para todos y, por ende, de accesibilidad universal tiene un límite expreso: los ajustes razonables⁶⁹, derivado del principio de escasez de los recursos públicos y de la eficacia en el gasto, de los que estas políticas públicas no pueden sustraerse. La realidad impone la cuidadosa selección de las inversiones públicas en esta materia, al igual que ocurre en otros sectores, pero en modo alguno esto puede ser un excusa para no acometer las necesarias transformaciones que la sociedad requiere, porque si bien es cierto que algunas tienen unos costes importantes, otras, en cambio, son reducidos y contribuirían notablemente al modelo de diseño universal, pero no se materializan por falta de voluntad política y de concienciación social.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO LÓPEZ, F., «Los ejes determinantes de las políticas de igualdad de oportunidades. La accesibilidad universal y el diseño para todos», en LORENZO, R. de y LÓPEZ BUENO, L. C. (coords.) *Tratado sobre discapacidad*, Aranzadi, Madrid, 2007.
- ALLPORT, G. W., *La naturaleza del prejuicio*, Eudeba, Buenos Aires, 1962.
- ARISTÓTELES, *Política*, Gredos, Madrid, 1988.
- ASÍS, R. de, «Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos», en CAMPOY CERVERA, I. y PALACIOS, A., *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2007.
- «Discapacidad y Constitución», *Derechos y Libertades: Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, n.º 29, 2013.
- BARIFFI, F. y PALACIOS, A., «Principios éticos y fundamentos jurídicos», en LORENZO, R. de y PÉREZ BUENO, L. C., (coord.), *Tratado sobre la discapacidad*, Aranzadi, Madrid, 2007.
- BARIFFI, F., «Introducción a la Mesa Redonda: Plena igualdad ante la Ley, capacidad jurídica y limitación de derechos», en *Conferencia Internacional 2008-2013: cinco años de vigencia de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, CERMI, Madrid, 2014, <https://goo.gl/Z982HS>, fecha de consulta: 19/05/2017.

⁶⁹ «(...) son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos» (artículo 2.m del Real Decreto 1/2013).

- BARRANCO, M. del C., CUENCA, P. y RAMIRO, M. A., «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá, 2012.
- BENARDELLI, B., «Accesibilidad al medio físico y comunicacional» en *Discapacidad en Argentina: un diagnóstico de situación y políticas pública vigentes a 2005*, Fundación Par, Buenos Aires, 2006.
- CARMONA CUENCA, E., «Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 76, 1992.
- CONSTANT, B., «De la libertad de los antiguos comparada a la de los modernos», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- GARCÍA MARCOS, J. A., *La eutanasia en la Alemania nazi y su debate en la actualidad*, UNED, Valencia, 2009.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A. y SIEIRA, S., «Sinopsis del Artículo 49», Congreso de los Diputados, Madrid, 2003, <https://goo.gl/0HkJ8y>, fecha de consulta: 14/05/2017.
- EROLE, C., «Naturaleza de la discriminación contra las personas con discapacidad», en EROLES, C. y FIAMBERTI, H., (compiladores) *Los derechos de las personas con discapacidad*, Eudeba, Buenos Aires, 2008.
- HANH, H., «Public support for rehabilitation programs: the analysis of US Disability Policy», *Disability, Handicap & Society*, vol. 1, n.º 2, 1986.
- KELSEN, H., *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995.
- MOSCOSO, M., «La discapacidad como diversidad funcional: los límites del paradigma etnocultural como modelo de justicia social», *Dilemata*, n.º 7, 2011.
- MÜLLER, T. y BEDDIES, T., «Eutanasia y eugenesia en la Alemania de Weimar y el Tercer Reich», en MONTIEL, L. y GARCÍA ALONSO, M., *Pensar el final: la eutanasia*, Editorial Complutense, Madrid, 2007.
- PADUA, M. de, *El Defensor de la Paz*, Tecnos, Madrid, 1999.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.
- PECES-BARBA, G., *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Colección «Derechos Humanos y Filosofía del Derecho», con la colaboración de R. de ASÍS ROIG y M. C. BARRANCO, Dykinson, Madrid, 2004.
- PLATÓN, *Gorgias*, Espasa Calpe, Barcelona, 1999.
- RODRÍGUEZ CARO, M.ª V. «La incapacitación: nuevo enfoque jurisprudencial de la protección de las personas con discapacidad. Novedades en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y en el ámbito penal», <https://goo.gl/8rIL0T>, fecha de consulta: 05/05/2017.

- RUIZ GUTIÉRREZ, R. y SUÁREZ Y LÓPEZ GUAZO, L., «Eugenesia, herencia, selección y biometría en la obra de Francis Galton», *Revista ILUIL*, vol. 25, 2002.
- SALA MOZOS, E. y ALONSO LÓPEZ, F., *La accesibilidad universal en los municipios: guía para una política integral de promoción y gestión*, Colección Manuales y Guías. Serie Servicios Sociales, n.º 33003, IMSERSO, Madrid, 2006, <https://goo.gl/2g09dc>, fecha de consulta: 21/04/2017.
- SANTAYANA, G., «El peso de la historia: la evolución de los modelos de diversidad funcional», en PALACIOS, A. y ROMAÑACH, J., *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Diversitas, Madrid, 2006.
- SERRANO, J. L., «Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 56, 1987.
- TALE, C., «La discriminación de los discapacitados en el derecho a la vida: la sinrazón de sus argumentos», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 9, 2005/2006.
- TENORIO SÁNCHEZ, P., «El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno», en CASCAJO CASTRO, J. L., TEROL BECERRA, M. J., *et al.*, *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- TORRES DEL MORAL, A., «La incorporación de los derechos de los discapacitados por el constitucionalismo de la segunda posguerra», en TEROL BECERRA, M. J. (director), *III Foro andaluz de los derechos sociales. Diversidad y ciudadanía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- VIVES, L., *Tratado del socorro de los pobres*, Tecnos, Madrid, 2007.

Title:

The constitutional protection of persons with disabilities

Summary:

1. Historical paradigms. 1.1 Eugenic. 1.2 Medical. 1.3. Social.
2. The constitutional model. 3. The exercise of rights. 3.1 Introduction. 3.2 The International Convention on the Rights of Persons with Disabilities. 3.3 Equal legal capacity. 3.4 Universal accessibility. 4. Bibliography.

Resumen:

El trabajo principia con un recorrido histórico por los distintos modelos implementados por los poderes públicos para abordar el fenómeno de la discapacidad, que culmina con el paradigma mixto —médico y social— plasmado en la Constitución española de 1978.

El artículo interpreta las «normas de contenido social» de la Constitución, a la luz del Convenio Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la doctrina del Tribunal Constitucional, al objeto de determinar el contenido y alcance de la tutela constitucional de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad, imprescindible para garantizar el libre desarrollo de la personalidad a este numeroso grupo de ciudadanos, cuyas vidas han sido tradicionalmente gobernadas por la voluntad ajena, cuando no directamente privados de libertad mediante su institucionalización.

Abstract:

The work begins with an historical journey through the different models implemented by public authorities to address the phenomenon of disability. This journey culminates with the mixed paradigm —medical and social— embodied in the Spanish Constitution of 1978.

The article interprets the «social protections norms» of the Constitution, in the light of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the doctrine of the Constitutional Court, in order to determine the content and scope of constitutional protection of the capacity to act of persons with disabilities. This is essential to ensure the free development of the personality of this large group of citizens, whose lives have traditionally been governed by the will of others, if not been directly deprived of their liberty through their institutionalization.

Palabras clave:

Derechos fundamentales, capacidad de obrar, persona con discapacidad, igualdad, libertad moral.

Key words:

Fundamental rights, capacity to act, person with disability, equality, moral freedom.